

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

40

GIOVANNI CAZZETTA

RESPONSABILITÀ
AQUILIANA
E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO
COMUNE CIVILISTICO
(1865-1914)

UNIVERSITÀ DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

VOLUME QUARANTESIMO

GIOVANNI CAZZETTA

RESPONSABILITÀ AQUILIANA
E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO
(1865-1914)



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-02909-1

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARRE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright 1991 Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

INTRODUZIONE (*)

1. Gli studi sulla responsabilità civile offrono con andamento ciclico un 'eterno ritorno' sul tema della crisi. Agli inizi degli anni Ottanta dello scorso secolo, la crisi dell'istituto ha il volto della difficile ricomprensione dei mutamenti sociali nelle formule civilistiche esegetiche. A fine secolo, quello del sempre più complesso confronto tra il sistema di una civilistica rinnovata e prima frammentazione della responsabilità a seguito di interventi legislativi speciali e del formarsi di ambiti disciplinari reclamanti una propria autonomia; quello dell'affermarsi — a partire dal settore degli infortuni sul lavoro — della prospettiva assicurativo-assistenziale, inconciliabile, a dire di molti, con le regole del danno aquiliano fissate dal Codice. Nel nostro secolo si ha un succedersi ininterrotto di crisi: il progressivo aumento degli statuti disciplinari autonomi, e delle regolamentazioni specialistiche dell'istituto, si affianca infatti alla difficile ridefinizione delle relazioni tra l'antico centro teorico della responsabilità aquiliana e le sue, oramai molteplici, 'periferie'. La crisi, una crisi di ricomprensione delle nuove realtà sociali ed istituzionali nei principi codificati della responsabilità aquiliana,

(*) Nella stesura del presente lavoro ho contratto consistenti debiti di gratitudine nei riguardi di molti studiosi, amici e famigliari. A tutti loro va il mio più sincero ringraziamento.

Sono riconoscente al Direttore, professor Dieter Simon, ed ai collaboratori del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte per la generosa ospitalità offer-tami durante il mio soggiorno di studi a Francoforte sul Meno.

Devo un ringraziamento particolare agli studiosi raccolti attorno al Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno: lontano dalla vivacità delle discussioni fiorentine avute con tutti loro, questo libro non sarebbe stato possibile.

Sono grato al professor Paolo Grossi per avermi, talvolta con la severità del Maestro e talvolta con le affettuose premure dell'amico, costantemente indirizzato e incoraggiato nel non sempre facile svolgimento della ricerca. Al professor Pietro Costa sono riconoscente per la paziente lettura di tutto il manoscritto.

appare dunque il tratto distintivo dell'istituto a partire dagli anni del primo impatto del Codice postunitario con trasformazioni sociali ed economiche sempre più accelerate.

Il Codice del 1942 e la dottrina immediatamente successiva si collocarono in linea di continuità con la tradizione normativa e ricostruttiva dell'istituto. Furono gli studi della civilistica più accorta degli anni Sessanta a travalicare, soprattutto puntellando la responsabilità extracontrattuale con sostegni costituzionali, le sempre più asfittiche interpretazioni 'del Codice col Codice' e a ridefinire il fondamento e le funzioni della responsabilità nel nuovo quadro sociale e normativo (1). A partire da quegli anni la responsabilità civile ha conosciuto altre fasi di rinnovata vitalità ed espansione (2). Non si è cessato però di parlare di crisi, scorgendola soprattutto nella scomparsa di un'unitaria ricostruzione dell'istituto, nella marginalità dei suoi principi, nella sempre più scarsa comprensività del sistema dei giuristi, nell'impossibilità per la vecchia struttura della responsabilità aquiliana di sorreggere le molteplici funzioni assegnate all'istituto (3). Nuove espressioni della crisi si sono così aggiunte a quelle già teorizzate negli studi sul declino, sulla fine, sulla morte della responsabilità civile (4), che si erano susseguiti senza

(1) Cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964. Degli studi degli stessi anni sono altrettanto rilevanti, anche se entro prospettive diverse da quella richiamata nel testo, P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Novissimo digesto italiano*, XV, 1957 (pp. 628 e ss.); R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, in *ibidem* (pp. 691 e ss.); R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969 (pp. 464-502); G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, Cedam, 1966.

(2) È qui sufficiente rinviare alle ultime sintesi dei dibattiti dottrinali e giurisprudenziali di questi anni: C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, 1988, pp. 1187 e ss.; G. VISINTINI, *I fatti illeciti*. 1. *Ingiustizia del danno; imputabilità*; 2. *La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Padova, Cedam, 1987 e 1990.

(3) Per una efficace sintesi critica sul tema si cfr. S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, pp. 595 e ss.. Cfr. anche F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1988, pp. 643 e ss..

(4) Cfr., a mo' di esempio, per le diverse prospettive: R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public a travers les personnes, le biens et la responsabilité civile*, Paris, Pichon,

interruzione, quasi come fossero la prosecuzione inevitabile di un'altra cronaca — cui già alcuni testi della fine dell'Ottocento ci avevano abituato —, quella della progressiva erosione, del declino, della morte della colpa come momento centrale e unitario di tutto il sistema, come elemento indispensabile per la stessa pensabilità della responsabilità civile (5).

Nonostante i frettolosi annunci di morte, la responsabilità extracontrattuale continua dunque ad essere vitale, ma non cessa di essere in crisi. Se la crisi non sta nella decadenza, essa viene scorta nella sua vitalità eccessiva; una vitalità non sostenibile a lungo da parte di un 'corpo' così vecchio e con un'anima così lacerata. L'esplosione quantitativa delle azioni e l'elasticizzazione dei fondamenti della tutela aquiliana crea, sì, un ampliamento progressivo di quella che potremmo dire — utilizzando un'espressione dei civilisti del secolo scorso — l'orbita del diritto privato; ma non fa cessare la crisi; anzi, la esalta, facendo apparire sempre più il presente della responsabilità civile come caratterizzato da 'paradossali' convivenze (6).

La progressiva sottrazione legislativa di orbite dai meccanismi 'comuni' del vecchio nucleo codicistico, si accompagna in sostanza alla creazione dottrinale e giurisprudenziale di nuove orbite. Entrambi i processi generano instabilità, perdita di certezze, crisi della responsabilità civile e crisi del diritto privato. La responsabilità extracontrattuale appare, in un universo senza più centro, indirizzarsi verso direzioni molteplici. Perde, così come disciplinata dal Codice, settori sempre più vasti, pare divenire ipotesi meramente residuale di una disciplina avente altrove i suoi 'centri' vitali, è costretta a fare i conti con nuovi personaggi — in primo luogo, le compagnie di assicurazione — del tutto estranei alla tradizione dell'istituto, alla sua visione esclusivamente bilaterale del problema

1950, 2^a ed, pp. 99 e ss.; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, Pichon, 1965.

(5) Anche la storia della colpa, della responsabilità per colpa, è tutta costellata di 'crisi', di 'decessi' e di 'ritorni'. Cfr., per un variegato sguardo di insieme all'argomento, i saggi raccolti nel numero 5 (1987) *fin de la faute?* di *Droits. Revue française de théorie juridique*.

(6) Cfr. su questa situazione A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, Economica, 1981, in particolare pp. 1-7; e C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, pp. 123 e ss..

del danno (7). Ma la flessibilità, l'elasticità dei 'vecchi' principi non cessa di dar luogo a nuove applicazioni, di allargare l'area del danno risarcibile e di assorbire in sé altri principi. Alle immagini della decadenza e della fine della responsabilità possono pertanto — e, in fondo, guardando proprio il vecchio 'centro' — sostituirsi altre non meno veritiere: quelle di un « universo in espansione », di una « commedia » che il giudice, utilizzando la clausola generale come canovaccio, sviluppa con intrecci sempre nuovi (8).

La ricerca di vie di uscite dalla crisi pare tradursi, in una spirale continua, in nuove crisi di decadenza o di espansione incontrollata, presentando all'interprete una vicenda che pare ripetersi in una ininterrotta alternanza di 'vitalità' e 'crisi'. Pur nella apparente continuità delle sorti tecniche dell'istituto, ad ogni 'ritorno' il problema della responsabilità extracontrattuale ha però un differente volto: perché ci propone una vicenda che non ci parla solo di sé, perché la visione 'particolare' della 'crisi' dell'istituto va colta in un più ampio intreccio con lo scenario che la circonda.

Si può, ad esempio, guardando all'estrema vitalità delle interpretazioni legate al principio generale di responsabilità, sostenere che sono ancora i principi codificati — in anni in cui tanto si parla di perdita centralità delle regole civilistiche codificate, di tramonto del Codice e di età della decodificazione (9) — a tenere ancora in piedi un'immagine in qualche modo unitaria della responsabilità e a rendere ancora possibile un lavoro sistematico della scienza giuri-

(7) Si è insistito a lungo, ad esempio, sull'esigenza di superare l'« arcaico » sistema di una responsabilità in cui ogni fattispecie infortunistica è trattata come fattispecie a se stante e non come facente parte di « un mondo multilaterale con un'intera popolazione di offensori e vittime ». Cfr. G. CALABRESI, *Costi degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, Giuffrè, 1975 (trad. it. di A. De Vita; V. Varano; V. Vigoriti), in particolare pp. 388; 394.

(8) F. GALGANO, *La commedia della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987, (pp. 191 e ss.) p. 192. Di fronte alle più recenti espansioni dell'istituto operate dalla giurisprudenza è stato, per altro verso, notato che esse si sono svolte in assenza di un progetto e si è imputato ciò soprattutto ad « una carenza di ruolo della dottrina ». Così C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1989, (pp. 539-624) pp. 543 e 616.

(9) Si cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1986, 2. ed.. Cfr. anche i saggi (di Giorgianni; Piga; Schlesinger e Santoro-Passarelli) sul tema « Il tramonto del Codice civile », in *Rivista di diritto civile*, 1980, 1, pp. 52 e ss..

dica ⁽¹⁰⁾. L'interprete ha, in fondo, ancora nei principi tracciati dal Codice il suo punto fermo nel mutamento: è da quel complesso di regole elastiche e flessibili che può ottenere un quadro di principi cui far riferimento, sviluppare e ampliare il suo discorso sulla responsabilità. Il nucleo codicistico della responsabilità è, sì, invecchiato, posto sempre più ai margini dell'ordinamento da una selva di normative particolari, ma è ancora capace di espansione. Una espansione guidata dalla dottrina e dalla giurisprudenza; una espansione, direbbero i giuristi ottocenteschi, 'naturale' del diritto, che affianca e dà senso a quegli interventi legislativi speciali e 'transitori' che, rinnovandosi e contraddicendosi sempre più, offrono una molteplicità di articolazioni settoriali della normativa di ogni istituto, grovigli di norme che solo con un eufemismo si possono indicare come 'microsistemi'.

È possibile, però, guardare alle stesse vicende collocandole entro un altro scenario e privilegiando altre prospettive. Quella, ad esempio, di una responsabilità civile oramai in briciole ⁽¹¹⁾, dominata dalla proliferazione di settori aventi una propria disciplina autonoma con una normativa sistematicamente non riconducibile al vecchio centro codicistico, un 'centro' sempre meno vitale ed espansivo, perché sempre più relegato nei soli spazi interstiziali dell'ordinamento. Quella, dunque, della fine delle possibilità 'ordinanti' offerte dal Codice; quella di una scienza giuridica costretta ad inseguire e ad analizzare, senza più un centro attorno a cui edificare il sistema, una pluralità di normative fornite tutte di pari dignità, ciascuna con una propria progettualità giuridica: ai civilisti — in quest'ottica — non spetta il compito di rivitalizzare un centro inesistente, ma quello di ridefinire senza dogmi indiscutibili i fondamenti di una pluralità di figure di responsabilità e di rinunciare al mito della sua armonica unità.

L'«eterno ritorno» dei discorsi sulla responsabilità civile se non sempre ci propone nuove immagini, nuove ricostruzioni tecniche dell'architettura dell'istituto, sicuramente ci fornisce ogni volta im-

⁽¹⁰⁾ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Responsabilità per danni. Parte generale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, (pp. 623 e ss.) p. 632.

⁽¹¹⁾ Cfr. A. TUNC, *Le droit en miettes*, in *Archives de philosophie du droit*, 22, *la responsabilité*, 1977, pp. 31 e ss..

magini diverse degli 'architetti' e del loro modo di percepire il loro lavoro, la loro scienza ⁽¹²⁾. Nel 'particolare' dell'istituto si possono leggere diverse visioni del diritto civile e del Codice, del valore dei suoi principi, del modo di intendere il ruolo del civilista e della scienza civilistica nei suoi rapporti con le altre discipline e con gli interventi 'speciali' del legislatore. Ed è proprio guardando al più vasto quadro che fa da sfondo alle vicende della responsabilità extracontrattuale che la visione ingannevole dell'ininterrotta continuità del dibattito tecnico-giuridico sulla responsabilità civile — sia nella veste di una crisi senza fine, sia in quella di una sempre nuova vitalità — si rompe, lasciando spazi alla ricerca di un 'punto di svolta' sotteso al ripetersi 'sempre uguale' delle vicende della responsabilità.

2. Agli occhi dello storico che si pone di fronte al 'problema della responsabilità civile' quello che appare più rilevante in quest'intreccio — in questo gioco di specchi tra visione 'particolare' dell'istituto e immagini della scienza giuridica — è proprio quello che, ad ogni ritorno di crisi e ad ogni ritorno di vitalità, appare 'perso', consegnato alla compiutezza del passato. Se inesatte sono le immagini del declino e della morte della responsabilità civile, sicuramente consegnata al passato è oramai la visione — così radicata nelle ricostruzioni dell'istituto presenti nella civilistica ottocentesca — del diritto civile e del Codice come diritto comune, come espressione e garanzia dell'unità del diritto; e consegnata anche al passato è la visione della responsabilità civile 'di diritto comune' come sostrato di principi indispensabile all'articolazione di un qualsiasi discorso giuridico sulla responsabilità, su quella che, senza ombra di dubbio, appariva ai giuristi di fine Ottocento la sola responsabilità 'vera'.

Osservata nel lungo periodo della prospettiva storica, la vitalità sempre più marginalizzata ed interstiziale dell'antico nucleo 'comu-

⁽¹²⁾ La responsabilità civile — è stato osservato in relazione alle vicende più recenti dell'istituto — rappresenta una « specola privilegiata di lettura dell'intero ordinamento »; il civilista può « attribuire ad essa il ruolo di coscienza del tempo nella chiave del diritto privato »: C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, cit., pp. 539; 541.

ne' della responsabilità aquiliana ci pare che abbia la chiave di volta per la sua comprensione nei dibattiti sviluppatisi tra Otto e Novecento. Siamo infatti negli anni del primo incrinarsi dei tratti generali e uguali dell'istituto, delle prime pressanti richieste di statuti disciplinari autonomi, aderenti alle sempre più diversificate esigenze dei nuovi soggetti che si affacciavano sulla scena del diritto, reclamando una disciplina particolare delle loro situazioni sociali particolari. Ed è in questi anni che si hanno profondi mutamenti, non solo nelle configurazioni tecniche dell'istituto, ma anche e soprattutto nel più ampio scenario della scienza civilistica.

Lo scontro tra le visioni contrapposte dell'istituto, tra i diversi modi di intendere la sua generalità, di leggere i suoi principi unitari assume negli anni tra Otto e Novecento connotati nuovi (destinati a caratterizzare nel lungo periodo il nostro istituto) soprattutto perché è in questi anni che il patrimonio di principi uguali della civilistica è posto decisamente di fronte alle disgreganti richieste di regole giuridiche 'autonome' per le molteplici 'esigenze speciali'. Le scelte decisive furono prese, anche in tema di responsabilità, nella fase cruciale del dibattito, nella sua fase originaria. È lì che si può individuare la fine di un mondo della scienza giuridica e l'ingresso — difficile, lento — in un altro. Il continuo ritorno delle discussioni sul declino della responsabilità aquiliana, osservato da tale angolo visuale, ripropone per molti aspetti una storia già vista, una vicenda già compiuta. E ci mostra spesso, anche nel presente, 'reliquie' di quelle stesse incertezze, di quello stesso senso di smarrimento del giurista e di impotenza del suo sistema, della sua scienza, suscitati nella civilistica tardo ottocentesca dalla prima perdita dell'immutabilità dei principi codicistici, dalla prima messa in discussione del valore costituzionale dei principi comuni fissati dal Codice.

Il presente lavoro non intende pertanto ripercorrere i numerosi 'decessi' e i ripetuti ritorni della responsabilità aquiliana, ma vuole andare alle origini della crisi — e ciò vuol dire, nello stesso tempo, andare alle origini di molti di quei meccanismi che hanno reso poi possibile i ritorni di vitalità dell'istituto — seguendo i dibattiti giuridici negli anni della prima frammentazione dei principi codificati del diritto civile. L'intento non è naturalmente quello di ridurre tutti i vasti dibattiti successivi sulla responsabilità aquiliana alla vicenda delle 'origini', ma è più semplicemente quello di compren-

dere le contrapposte visioni tecniche della responsabilità aquiliana negli anni in cui l'immagine unitaria dell'istituto incominciava a sbiadirsi, dando luogo contrastanti progettualità giuridiche. L'intento è quello di affrontare l'argomento della responsabilità — nelle prospettive ricostruttive della dottrina e della giurisprudenza, ed in quelle di quanti proponevano l'intervento legislativo come unica soluzione possibile a fronte dei nuovi problemi sociali — seguendo le sue lacerazioni negli anni dei primi contrasti tra diritto comune codificato e diritto speciale, tra supremazia del diritto civile e creazione di ambiti disciplinari autonomi. Guarderemo, dunque, le ricostruzioni della civilistica prestando particolare attenzione alle opposizioni della scienza alla divisione del tema della responsabilità, alle strategie poste in essere dai civilisti per tenere al passo con i mutamenti sociali i principi unitari e uguali di un Codice — quello del 1865 — precocemente invecchiato.

In questa prospettiva, l'analisi dell'istituto della responsabilità civile diventerà, spesso inevitabilmente, un discorso sulla scienza giuridica e sulle divisioni disciplinari di fine secolo; e la prima crisi della responsabilità aquiliana sarà assunta a specchio dell'emersione di una più vasta crisi: quella della scienza civilistica. Il collegamento tra la specificità della ricerca sulla responsabilità aquiliana e il discorso più ampio sulla scienza civilistica non ci pare avventato. È sufficiente riflettere solo su un dato: le prime richieste di un mutamento nella normativa comune, unitaria ed uguale della responsabilità extracontrattuale — così come fissata nella sezione del Codice sui delitti e quasi delitti — furono avvertite dai giuristi non tanto come la 'fine della responsabilità', quanto come il segno della possibile 'fine della scienza', come l'inizio della distruzione dei presupposti di pensabilità degli istituti, come un'innaturale alterazione dello strumentario tecnico della scienza civilistica.

Moltiplicare le regole della responsabilità, inflazionarne i principi, dividere l'unità fissata una volta per sempre nel Codice, per rispondere alle emergenti esigenze particolari dei soggetti e dei beni, non significava solo frammentare e 'distruggere' l'istituto della responsabilità, ma anche alterare il ruolo della scienza civilistica, mettere in crisi il fondamento del suo sapere. La prima creazione — o semplicemente le prime proposte di creazione — di statuti autonomi, speciali della responsabilità, lo 'smembramento' dell'istituto,

intaccavano nel profondo la concezione dell'unità del diritto, espressa dal Codice e garantita dalla scienza, intaccavano il primato epistemologico indiscusso del diritto civile — ben simbolizzato dal primato della figura del romanista-civilista all'interno delle facoltà giuridiche —, mettevano in discussione la visione dell'immutabilità dei principi di diritto comune, la convinzione della loro estensibilità a tutte le ipotesi grazie all'opera della scienza.

I primi attacchi alla visione unitaria del diritto civile codificato come diritto comune a tutti i soggetti furono, dunque, percepiti dai civilisti con un senso di progressiva perdita di identità della loro scienza. La storia del lacerarsi, del dividersi, dello 'sbriciolarsi' della responsabilità ci narra, pertanto, anche un'altra storia: quella della progressiva perdita della radicata identità scientifica del civilista, quella della crisi del suo ruolo, quella della lenta fine di un modo di intendere la scienza giuridica.

Naturalmente la vicenda può narrare, se si vuole, ancora un'altra storia collaterale: quella dell'avvio della ricerca della nuova identità.

3. Il presente studio resterà, invece, solo ai margini di un'altra vicenda, quella relativa al dilemma tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa.

L'alternativa tra la 'teoria tradizionale' della responsabilità per colpa e quella della responsabilità oggettiva ha costituito, com'è noto, il « punto focale delle discussioni dottrinali »⁽¹³⁾, il nodo logico che ogni buon civilista alle prese col danno extracontrattuale era chiamato a sciogliere. Ha segnato il discrimine netto per invocare più ampie corrispondenze del giuridico con il sociale, con cui attribuire o negare all'istituto una coincidenza col 'diffuso sentimento di giustizia' o per reclamare giustizia in questa o quella direzione. Il dilemma, è altrettanto noto, ha diviso la civilistica costringendola ad una difficile scelta di campo: letture 'pure' si sono così incrociate con letture 'ibride'; a rigidi schieramenti, a decise condanne delle ingiustizie presenti nel settore avverso si sono susseguiti ritrattazioni, pentimenti, riletture, rivalutazioni per i 'ritorni

(13) Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, cit., p. 634.

di vitalità' del principio negato (14). Interpretazioni che non sono cessate anche quando il fenomeno assicurativo e quello assistenziale si erano estesi in una misura tale da falsare intimamente il rilievo della scelta.

Nelle ricostruzioni storiche il dilemma del presente diveniva dilemma del passato. Gli studi sulla responsabilità aquiliana, pertanto, ricercavano precedenti di responsabilità senza colpa in tutti i recessi storici, mostravano la univoca corrispondenza tra la responsabilità per colpa e un determinato assetto sociale e istituzionale oramai superato; passavano poi a denunciare l'assurdo perdurare della colpa a centro delle ricostruzioni dogmatiche e ne annunciavano la prossima fine a fronte delle nuove situazioni sociali (15). Ricerche queste che reagivano in modo sicuramente eccessivo alle apologetiche ricostruzioni storiche dei fautori della responsabilità per colpa che, al contrario, avevano chiesto al passato solo la riconferma dell'ontologica superiorità del principio 'nessuna responsabilità senza colpa': cercando di dimostrare solo la marginalità delle ipotesi di responsabilità oggettiva — quando non le avevano ignorate del tutto — e la 'brutalità' di una loro applicazione generalizzata; chiedendo alla storia la conferma della universalità del principio giunto al presente in una sua, oramai immutabile, cristallinità, prodotta da un 'raffinamento' secolare dei costumi etici e giuridici (16).

(14) Volendo ricordare solo i *revirements* più risalenti nel tempo, si possono ricordare quelli di personaggi illustri come Georges Ripert, François Geny, Maurice Hauriou. Cfr. P. BETTREMIEUX, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français* (these), Lille, Robbe, 1921, pp. 29 e ss.; H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^a ed., Paris, Montchrestien, 1965, vol. I, pp. 79-80.

(15) Cfr. R. OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, Köln-Wien, Böhlau, 1975, sulla scia di J. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*, München, Beck, 1969 (2. unveränderte Auflage), (1. ed. 1941), in particolare, pp. 45 e ss.. Spesso è implicitamente in tale prospettiva anche l'ampio lavoro di H. BARTA, *Kausalität im Sozialrecht. Entstehung und Funktion der sogenannten Theorie der wesentlichen Bedingung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983.

(16) Inevitabile è naturalmente il richiamo al modello insuperato degli scritti orientati in tal senso R. JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (1867), in

La ricerca storica che privilegia lo 'scontro' tra le opposte visioni dogmatiche della responsabilità finisce col presentare il passato come un'appendice delle esigenze dogmatiche del presente. Tende a ridurre la conoscenza del passato a un gioco di consequenzialità logiche, di millimetriche funzionalità tra modelli di responsabilità e determinati assetti di interessi. Si prospetta una storia del pensiero giuridico fatta di corrispondenze meccaniche del giuridico alla 'logica', all'inevitabile affermarsi di un'idea eticamente 'giusta' e al suo progressivo 'purificarsi'. Oppure, con ottica non meno falsante, ogni piega del discorso giuridico sulla responsabilità è letta come immediatamente funzionale ad un interesse sociale: ad interessi 'statici' morenti, ad interessi 'dinamici' in espansione⁽¹⁷⁾. In ogni discorso del giurista e in ogni comma del legislatore non è difficile pertanto rintracciare il segno netto, o quasi la meccanica traduzione, delle trasformazioni sociali.

Privilegiare nella ricostruzione storica il solo dilemma responsabilità per colpa/rispondabilità oggettiva porta, insomma, in un modo o nell'altro, a ostacolare la conoscenza storica: perché trascura o ignora le lentezze nella trasformazione delle tecniche, le difficoltà di imporre rivoluzioni nel sapere di una scienza, perché appiattisce la conoscenza storica di un istituto fondamentale della scienza del diritto privato nella soluzione di un dilemma logico.

Concentrare l'attenzione, negli anni della prima frammentazione del diritto comune civilistico, solo sulla scelta tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva significa dunque falsare la questione della responsabilità aquiliana, o, perlomeno, guardarne solo un elemento particolare, perdendo di vista i suoi multiformi aspetti. Il dilemma dogmatico ha infatti senso solo se è letto all'interno delle più vaste preoccupazioni presenti nella scienza giuridica di fine secolo. I contrapposti sistemi della responsabilità aquiliana prospettati a partire dagli anni Ottanta danno, sì, visioni antitetiche

Vermischte Schriften juristischen Inhalts (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1879), Aalen, Scientia, 1968, pp. 155 e ss.. Sul punto cfr. S. RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 65 e ss..

(17) Si muove spesso in tale prospettiva la ricostruzione storica presente in G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile (Illecito per colpa. Rischio d'impresa. Assicurazione)*, Milano, Giuffrè, 1976. Cfr. ora, però, G. ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 87 e ss..

dell'istituto, visioni socialmente ed eticamente ben caratterizzate; mirano, sì, a tutelare in maniera più o meno ampia le diverse situazioni; ma appaiono caratterizzarsi soprattutto per uno sforzo della scienza in direzione degli stessi obiettivi. Sforzo che accomunava, pur nella diversità dei sistemi prescelti, le opposte visioni nella difesa del patrimonio della scienza civilistica, nella difesa di una identità disciplinare.

Se così è — e il lettore non può, per il momento, che crederci sulla parola —, occorrerà liberarsi nella ricerca dalla visione semplicistica di una responsabilità aquiliana codicistica tutelata nella sua immobilità dai fautori della colpa, dai fautori di una tradizione da conservare immutata; e da quella di un manipolo di innovatori disposti a tutto, fautori del nuovo, della visione sociale degli istituti, della teoria del rischio, della responsabilità oggettiva e delle leggi speciali. La contrapposizione tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva non può esaurirsi nella contrapposizione tra fautori delle leggi speciali e fautori del Codice, né in quella di una scienza giuridica conservatrice volta a difendere, difendendo la colpa, determinati privilegi sociali. Se si vuole intendere il discorso dei giuristi, la questione rilevante — una questione che pervade profondamente anche tutto il primo dibattito dogmatico tra fautori della responsabilità per colpa e fautori della responsabilità oggettiva — è un'altra: riguarda il modo di intendere la scienza, la sua visione del rapporto con le trasformazioni sociali, il peso da attribuire ai principi comuni fissati nel Codice. Il dilemma tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva va storicizzato; farlo, negli anni tra Otto e Novecento, significa porre in relazione le diverse soluzioni prospettate dai giuristi col patrimonio e con le convinzioni della loro scienza, leggendo i sistemi civilistici non solo come soluzioni logiche, ma come risposte alla crisi dei principi unitari ed uguali del Codice, alla crisi del consolidato strumentario tecnico della scienza civilistica.

La corrispondenza, l'immediata funzionalità di un meccanismo ad un dato interesse sociale va, certo, considerata, ma non deve essere sopravvalutata. In quest'ottica infatti l'osservazione del rapporto tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa rischia di raggiungere dei risultati molto ingenui, che ignorano o non

spiegano la tortuosità di certi itinerari seguiti dai giuristi per fornire una risposta agli emergenti problemi sociali ⁽¹⁸⁾.

Insomma, la questione va affrontata seguendo, sì, tecnicamente il discorso della civilistica, ma senza lasciarsi imprigionare né dalla visione di una valenza solo logica del discorso tecnico, né dalla convinzione di una estrema arrendevolezza della tecnica dei giuristi ad ogni nuovo risvolto del sociale. Il miglior modo per farlo ci pare quello di considerare lo 'scontro' tra la responsabilità per colpa e la responsabilità oggettiva guardando a come la scienza civilistica intendeva confrontare il suo patrimonio di conoscenze con i segni del mutamento e con il primo sfilacciarsi del tessuto unitario dell'istituto. Il dilemma tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva, come vedremo, si inserisce trasversalmente in tale contesto; non mira solo a risolvere un quesito logico, ma offre una risposta più ampia a tali questioni. Non si tratta soltanto di accettare o meno l'estensione di determinate tutele: negli anni della crisi del diritto comune uguale il problema fondamentale della civilistica è quello di farlo senza alterare la propria identità, senza rinunciare al consolidato sapere della propria scienza.

Ripercorrendo in quest'ottica il dibattito di fine secolo, il problema della scelta dogmatica tra l'una o l'altra forma torna a diventare un altro: quello della scelta tra una soluzione unitaria della scienza ed una molteplicità di soluzioni settoriali, quella tra un primato della scienza civilistica ed un definitivo riconoscimento dell'«onnipotenza del legislatore», quella tra unità dei principi comuni dell'istituto garantita dal Codice civile e visione 'poligenetica' degli istituti. Nel rispondere a questi interrogativi lo scontro tra le opposte visioni della responsabilità spesso si sfuma per lasciare spazio a più ampie comunanze di intenti dei civilisti date dalla concezione del loro passato, del loro sapere disciplinare, del modo radicato di intendere il loro lavoro; date dal lento affermarsi della

⁽¹⁸⁾ Come spiegare, ad esempio, la posizione di giuristi 'tradizionalisti' intenti a negare un ampliamento della tutela aquiliana scaturente da leggi speciali, o intenti a respingere dogmaticamente la responsabilità oggettiva, ma poi disposti ad accordare nella sostanza la stessa tutela ricorrendo a finzioni di colpa o esaltando il ruolo della *culpa levissima*?

consapevolezza della fine di un modo di percepire la scienza del diritto.

4. Quello che è in discussione di fronte al primo affermarsi dell'industrializzazione, agli attacchi all'egualitarismo formale codicistico, è dunque lo stesso modo di far scienza, è il rapporto tra i giuristi e il loro patrimonio di conoscenze scientifiche. Una questione che si manifesta anche nella messa in discussione del Codice borghese uguale, nella richiesta di adeguamenti specifici degli istituti alle nuove situazioni. Per valutare a pieno, però, il 'travaglio' della civilistica di questi anni, occorre resistere ad un'altra tentazione: quella di osservare il giuridico solo attraverso gli astratti 'manifesti' sociologizzanti degli innovatori, le Prolusioni critiche, le aspre denunce del Codice borghese. Una tentazione cui è spesso difficile sottrarsi ripercorrendo le vibranti pagine di alcuni autori del cosiddetto socialismo giuridico. È indispensabile, però, e lo è ancor di più studiando le vicende di un istituto, inseguire il discorso giuridico nei suoi spazi più 'autonomi', lì dove più difficile è improvvisare il mutamento, lì dove più forte è il peso del sapere giuridico consolidato.

Le critiche al diritto borghese, le denunce del diritto uguale, le richieste di una nuova fase del diritto civile sono, certo, necessarie alla comprensione delle tensioni presenti nella civilistica di fine secolo e per dar conto della sua percezione della crisi. L'indagine, però, per essere proficua, deve andare oltre le denunce, e guardare alla concreta progettualità tecnica generata da quelle consapevolezze. Fu certo la crisi a sprigionare — allora, come in seguito — nuove vitalità dall'istituto, suoi ampliamenti, estensioni della sua tutela. La posta in gioco era per i civilisti di fine secolo ben alta, riguardava le modalità di espansione del diritto 'comune' codificato, il rapporto tra il loro sistema, la loro scienza, e i mutamenti sociali, riguardava la scelta del soggetto deputato a fornire le risposte giuridiche ai sempre più accelerati mutamenti sociali e istituzionali. Di ciò si ha una vasta percezione anche solo scorrendo i 'manifesti' programmatici dei civilisti innovatori; ma è solo ripercorrendo le scelte tecniche della dottrina e della giurisprudenza che si può verificare la reale penetrazione di tali discorsi nel sapere della civilistica.

5. Dopo aver detto soprattutto quello che la presente ricerca non vuole essere e gli itinerari che non intende seguire, occorre aggiungere, in positivo, ancora qualcosa sulle scelte effettuate e sul percorso di lettura delle fonti proposto al lettore. Gli anni che più ci interessano sono, dunque, quelli che vanno dalla fine degli anni Settanta agli inizi del secolo: gli anni del primo impatto delle trasformazioni sociali col Codice, della prima industrializzazione, dei primi attacchi al diritto civile uguale. Anni di crisi e di rinnovate vitalità della scienza civilistica, di formazione di nuovi àmbiti disciplinari e di cedimenti della visione onnicomprensiva dei princìpi civilistici codificati. Anni in cui i pochi articoli del Codice dedicati alla responsabilità extracontrattuale sono al centro di nuove e crescenti richieste; in cui lo scarno dettato normativo è posto di fronte ad un diversificarsi dei soggetti, ad una proliferazione quantitativa dei danni, ed — in molti settori, primo fra tutti, quello dell'industria — ad una loro specificità, qualitativamente diversa da quella che i giuristi erano abituati a considerare.

Nelle costruzioni giuridiche sulla responsabilità di questi anni ci interessa soprattutto cogliere le trasformazioni della scienza civilistica. Trasformazioni collegate ad una vicenda ben determinata: quella della frammentazione dei princìpi di diritto civile come princìpi di diritto comune, quella del lacerarsi del diritto uguale, dell'incrinarsi della visione unitaria degli istituti e della tradizionale visione dell'unità del diritto. Gli anni di fine secolo erano spesso definiti dai giuristi del periodo come « anni di transizione », anni dunque in cui si può scorgere la fine del 'vecchio' e la nascita del 'nuovo': gravidi sì di crisi, ma anche di contrastanti progettualità, di conflitti, di estrema vitalità e del 'vecchio' e del 'nuovo'. I dibattiti, i contrastanti sistemi della responsabilità aquiliana — istituto, quasi inutile dirlo, sensibilissimo ai mutamenti sociali — ci daranno la misura di tali più ampie preoccupazioni, crisi e progettualità della civilistica.

Se l'obiettivo è quello di cogliere l'impatto delle trasformazioni sociali ed istituzionali degli ultimi decenni del secolo sulla scienza giuridica, seguendo i mutamenti intervenuti nelle costruzioni civilistiche riguardanti un istituto fondamentale, la necessità di comprendere le trasformazioni soprattutto nel discorso tecnico sulla responsabilità ci ha spinto verso un'analisi più ampia. Quale patrimonio,

quale tradizione giuridica, quali profonde convinzioni sul ruolo della scienza, sui suoi rapporti col Codice stanno dietro alle analisi dei pochi articoli dedicati dal Codice del 1865 ai delitti e quasi delitti? Come si confronta il solido bagaglio di conoscenze della scienza civilistica con il sempre più rapido mutamento del modello di società presupposto da quelle norme? Come agiscono i civilisti posti di fronte all'erosione della 'universalità' dei loro principi, alle 'minacce' nei confronti delle regole che essi ritenevano 'costituzionali', fissate una volta per sempre nel Codice? Come ripensano, come estendono, come 'rivalizzano' quei principi? La risposta a questi interrogativi implica un'indagine sul bagaglio culturale ereditato dalla civilistica dell'Italia postunitaria e una lettura più di lungo periodo sulle convinzioni della scienza che, passate trasversalmente tra esegesi e sistema, caratterizzavano in maniera ampia i discorsi dei giuristi tra Otto e Novecento (19).

In quest'ottica, nella prima parte del lavoro — dal primo al terzo capitolo — si è cercato di tracciare un quadro delle convinzioni di fondo sulla responsabilità aquiliana presenti nei Commentari e nelle opere della cosiddetta civilistica esegetica. Convinzioni in grandissima parte tributarie della civilistica francese, sino al punto da formare un'unica opera, una visione comune del tema dei delitti e dei quasi delitti: un'opera esaltante, gli stessi miti e ripercorrente gli stessi sofismi, avente gli stessi 'nemici' e le stesse 'dimenticanze' storiche. La coincidenza di vedute ci ha spinto a tracciare un quadro unitario della civilistica francese ed italiana — capitolo secondo e terzo (20) — alle prese con una visione della responsabilità e del

(19) Il punto di arresto 'naturale' del lavoro ci è sembrata la 'grande guerra'. In quegli anni si generarono infatti nella civilistica — più, occorre dire, che nella specifica ricostruzione del nostro istituto — nuove consapevolezza della oramai compiuta 'rivoluzione' nel diritto civile; consapevolezza che paiono chiudere per sempre il mondo della civilistica ottocentesca. Tale fondamentale 'svolta' attende ancora una ricostruzione storico-giuridica attendibile.

(20) La sostanziale monoliticità dell'eredità culturale in materia di responsabilità ci ha spinto solo a fare un breve cenno alle possibili visioni 'alternative' del danno extracontrattuale note alla vigilia dell'unificazione legislativa ai nostri giuristi. Cfr. *infra*, Capitolo primo: paragrafi 3.1 (sulla situazione della Toscana preunitaria che, com'è noto, era priva di un Codice civile); 3.2 (sulla visione della responsabilità extracontrattuale emergente dalle pagine di un personaggio, Melchiorre Gioia, più affascinato dalla statistica che dalle Pandette); 3.3 (sul modello dell'ABGB). Tali modelli, come vedremo,

danno calata all'interno di una situazione sociale statica, caratterizzata da una sostanziale corrispondenza tra il modello delle armonie prospettate dal Codice e quelle ritenute presenti nel modello economico sociale che gli era posto di fronte. Armonie sociali — se si preferisce, pretese armonie sociali — ed armonie giuridiche convivono insieme: in tale quadro la normativa sulla responsabilità extracontrattuale è chiamata a svolgere un ruolo marginale — l'ordine e l'armonia infatti si producono da sé nella lotta interpropriataria —, ed essenziale al tempo stesso: quei pochi articoli disciplinano il meccanismo che permette di ricondurre all'ordine le anomalie e di restaurare l'armonia perduta ⁽²¹⁾.

È con tale bagaglio di conoscenze e di dogmi — con i suoi modelli di società, con le sue caratterizzazioni delle funzioni della responsabilità civile ben accentuate — che si confrontò la rinnovata civilistica degli anni Ottanta: più accorta e meno provinciale di quella esegetica, essa aveva il suo punto di forza nel riferimento alle ampie ricostruzioni sistematiche della Pandettistica ⁽²²⁾. La seconda parte del lavoro osserva come la 'nuova civilistica' confrontò il patrimonio giuridico della tradizione, reso concettualmente solido dall'impalcatura sistematica, con i crescenti mutamenti intervenuti a partire dalla fine degli anni Settanta. Nel quarto capitolo si seguono, pertanto, le prime visioni 'particolaristiche' del nostro istituto, i primi attacchi alla sua unitarietà ed i conflitti generati nella dottrina dalle nuove situazioni sociali. Si presta particolare attenzione al settore delle richieste di una legislazione speciale per gli infortuni sul lavoro e al duro scontro tra civilisti e amministrativisti verificatosi sul tema della responsabilità della pubblica amministrazione ⁽²³⁾.

furono pressoché sempre utilizzati, pur nelle ricostruzioni che li richiamavano esplicitamente, in sostanziale subordinazione al modello francese dominante. La nostra analisi della letteratura francese tenderà soprattutto ad evidenziare quelle sue parti che furono 'recepte' e valorizzate nel discorso dei civilisti italiani.

⁽²¹⁾ Cfr. sul punto *infra*, soprattutto II.1.

⁽²²⁾ Cfr. *infra* capitolo primo e quarto.

⁽²³⁾ La responsabilità per gli infortuni sul lavoro e quella della pubblica amministrazione sono assunte a banco di prova per verificare la tenuta dell'unitarietà del nostro istituto nel periodo in questione. I due argomenti saranno seguiti nel primo loro emergere come temi 'autonomi', potenzialmente in contrasto con la visione unitaria della responsabilità civile (capitolo quarto); poi saranno riconsiderati all'interno dei sistemi

Di fronte alle prime lacerazioni affioranti nella responsabilità di diritto comune civilistico, l'obiettivo primario del civilista 'sistematico' appare quello di 'salvare la responsabilità' e di 'salvare la scienza', preservando col suo progetto quel quadro unitario di principi che rende ancora possibile un discorso giuridico. Questo sforzo appare presente anche in sistemi della responsabilità che si presentano come 'logicamente' contrapposti. Nel capitolo quinto e nel sesto avremo modo di verificarlo in relazione ai due maggiori — ed opposti — sistemi della responsabilità aquiliana della civilistica italiana postunitaria: quello 'soggettivo' di Gian Pietro Chironi e quello 'oggettivo' di Giacomo Venezian.

I capitoli successivi introducono alcune complicazioni rispetto alla linearità dei due sistemi 'puri' contrapposti, seguendo le ricostruzioni della responsabilità nella dottrina civilistica dagli anni Novanta alla guerra (capitolo settimo e nono) e nelle applicazioni giurisprudenziali (capitolo ottavo).

La monoliticità delle rappresentazioni della responsabilità presente nella civilistica esegetica italiana e francese appare, già a partire dagli anni Ottanta, infranta. Al modello unico di responsabilità si è già sostituita una pluralità di modelli, una pluralità di rappresentazioni degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile. Sono diverse *le* responsabilità che emergono dalle proposte unitarie presenti nei sistemi dei civilisti intenti ad elasticizzare la portata applicativa del diritto comune civilistico, diverse le immagini della responsabilità che affiorano nella proposte di regolamentazione speciale di particolari settori.

All'interno del delinearsi della pluralità di rappresentazioni del nostro istituto abbiamo privilegiato, per dar conto delle metamorfosi della responsabilità tra Otto e Novecento, soprattutto tre aspetti; tre fondamentali rapporti tra la scienza giuridica civilistica (e i principi comuni codificati della responsabilità extracontrattuale come espressione e garanzia dell'unità del diritto) ed altri soggetti: il legislatore, il giudice, le scienze giuridiche rivendicanti una propria 'autonomia'.

Sullo sfondo delle vicende tecniche dell'istituto, il contrasto tra il sistema(o i sistemi) della scienza civilistica e l'intervento — o la

dei singoli civilisti (dal quinto al nono capitolo) ed infine saranno seguiti nel loro 'distacco' dai principi del diritto comune (capitolo decimo ed undicesimo).

semplice richiesta di intervento — del legislatore diviene negli anni che ci interessano particolarmente acuto. Nelle ricostruzioni della civilistica si delinea in modo sempre più netto lo scontro tra il progetto della scienza ed le risposte fornite dal legislatore: uno scontro tra ‘primato della scienza’ sul terreno dei principi ‘immodificabili’ del diritto privato e ‘onnipotenza del legislatore’ che rifiuta, di fronte alle crescenti ‘necessità sociali’, il valore costituzionale di quei principi.

Se la relazione tra la scienza civilistica e il legislatore è contrassegnata da continui scontri, da continui tentativi della dottrina di sostituirsi al legislatore, la relazione tra scienza giuridica e giudice si caratterizza per la diffidenza. Il timore della discrezionalità del giudice gioca — come vedremo — un ruolo decisivo nel segnare le contraddizioni del continuo tentativo della dottrina di opporre gli elastici ed espansivi principi del proprio sistema agli interventi particolari del legislatore.

La terza relazione, quella tra la scienza civilistica e l’affermarsi di nuove discipline giuridiche ‘autonome’, mostra la progressiva perdita del primato epistemologico nel giuridico da parte della civilistica. Tale vicenda è vista soprattutto attraverso i contrastanti dibattiti sulla responsabilità della pubblica amministrazione: nelle rivendicazioni di giuristi intenti a costruire nella propria disciplina una responsabilità avente principi propri, svincolati dal diritto comune civilistico come necessaria espressione dell’unità del diritto. Le prime richieste della giovane scienza giuspubblicistica di una responsabilità ‘speciale’ della pubblica amministrazione indicano come la parificazione dei principi ‘creati’ dalle diverse discipline giuridiche contribuisse in maniera decisiva alla progressiva marginalizzazione dei principi del diritto comune civilistico.

In tutta la seconda parte del presente lavoro, dopo aver individuato i primi segni delle tendenze disgreganti, si osservano le ricostruzioni unitarie della scienza civilistica sul terreno dei principi comuni della responsabilità. L’attenzione è concentrata sui variegati tentativi operati dai civilisti per estendere ed ampliare le norme codificate della responsabilità aquiliana, ancora percepite come l’indispensabile tratto unificante dell’istituto, come l’espressione unica ed immodificabile del ‘vero’ volto giuridico della responsabilità.

Nella terza parte del lavoro si abbandona il quadro delle rappresentazioni unitarie della civilistica e si segue invece la responsabilità extracontrattuale sul terreno delle prime ricostruzioni volutamente 'disgreganti' e 'autonome' rispetto ai principi del diritto civile. La divisione del nostro istituto è qui considerata attraverso i due aspetti che più incisero nel segnare l'avvenuta frammentazione dell'unità del diritto comune civilistico: gli interventi legislativi e il consolidarsi di discipline giuridiche autonome (24).

In questa parte il quadro tracciato seguendo le prospettive tenacemente unitarie della civilistica è capovolto e si presta attenzione alle tendenze volte ad 'emancipare' il discorso sulla responsabilità dai principi di diritto comune e dai sistemi, ritenuti uniformi e soffocanti, dei civilisti. L'emergere delle nuove figure giuridiche, il delinarsi di dimensioni della responsabilità ritenute irriducibili al quadro dei principi tradizionali, offre la possibilità di riconsiderare in controluce le linee dei sistemi civilistici prima tratteggiati e le finzioni ricostruttive che li accompagnavano.

La prima frammentazione del nostro istituto ci pare metta a nudo tutte le potenzialità ed i limiti presenti nel modello della responsabilità di diritto comune — il modello unitario ed uguale — tracciato dalla scienza giuridica. Le capacità di espansione delle antiche figure 'generali' di responsabilità verso spazi sempre nuovi prospettate da talune interpretazioni avanzate tra Otto e Novecento ci offre la visione di una scienza giuridica estremamente vitale, spesso capace di raggiungere per via interpretativa quelle tutele che molti ritenevano possibili solo attraverso continui interventi legislativi. Del resto, il civilista che operava a fine Ottocento si riteneva ancora il solo soggetto capace di tradurre nel diritto i mutamenti sociali maturati dalla 'coscienza giuridica popolare', si riteneva l'architetto della trasformazione 'vera' del diritto civile, quella operata lentamente sui principi giuridici 'immodificabili'.

(24) Il capitolo decimo — dedicato alla responsabilità per gli infortuni sul lavoro e alle relazioni tra assicurazione obbligatoria e responsabilità nella legge del 1898 — tocca il primo dei due aspetti; mentre il capitolo undicesimo, dedicato invece alle ricostruzioni della scienza amministrativistica volte a configurare una 'responsabilità di diritto pubblico della pubblica amministrazione', riguarda naturalmente il secondo aspetto.

A partire dalla prima frammentazione del diritto comune civilistico — e poi sempre di più nella proliferazione dei saperi disciplinari volti ad inseguire la moltiplicazione degli interventi legislativi — questa immagine del civilista e dei suoi principi 'comuni' si offusca lentamente. Di fronte ai nuovi confini tra giuridico e sociale, tra diritto pubblico e diritto privato, di fronte a discipline giuridiche 'liberate' dal mito del necessario ossequio nei confronti dei principi di diritto comune, il civilista appare un interprete qualsiasi di norme giuridiche qualsiasi, fa riferimento a principi giuridici 'nobili' e antichi, ma aventi pari dignità con quelli 'inventati' dalle giovani scienze giuridiche.

L'unità del diritto garantita dal primato della civilistica e del diritto comune civilistico scompare. La 'bontà' di un'affermazione o di una ricostruzione giuridica non è più misurabile col metro del diritto comune, coi parametri di quei principi letti e rilette con interpretazioni sempre rinnovate da parte dei civilisti.

In questa situazione la riproposizione del sistema come necessaria copertura unificante appare spesso uno sterile esercizio di stile; mentre l'interpretazione 'progettuale' dei principi del diritto comune civilistico è, in una realtà giuridica 'in pezzi', relegata in spazi sempre più angusti. Già agli inizi del secolo nelle antiche forme si nascondevano contenuti molto diversi: sotto il manto di *un* sistema della responsabilità, nella prima frammentazione del diritto comune civilistico, erano presenti progetti contrastanti, richiami settoriali a principi di responsabilità che solo attraverso finzioni crescenti il giurista-architetto riusciva a considerare ancora come sue creazioni, inserendole entro un ordine provvisorio.

Il sistema non era più il progetto che permetteva al civilista di raggiungere 'col vero diritto' ogni nuovo aspetto del sociale, ma una copertura illusoria per le cangianti sembianze del giuridico. Il civilista si scontrava con la fine di un mondo — quel mondo in cui si attribuiva ai suoi principi e alle sue 'creazioni' un indiscusso primato nel giuridico — e la sua radicata identità scientifica gli impediva di ridefinire i mutati tratti della sua scienza. Alla figura del civilista che si voleva artefice con il suo onnicomprensivo sistema della 'vera' trasformazione del giuridico si sostituiva così quella di un giurista dedito solo a fotografare l'esistente, in maniera tanto realistica quanto inappagante; oppure quella di un civilista volto a

delineare schemi concettuali sempre più rigorosi, ma sempre più staccati da una molteplicità di soluzioni — legislative, disciplinari, giurisprudenziali — difficilmente riconducibili entro un ordine unitario. Tra questi estremi si apriva per i civilisti intenti alla lettura, alla 'costruzione', di un istituto la lenta ricerca di una nuova identità scientifica. Una ricerca che, per molti aspetti, ancora prosegue.

In tale ricerca, resta forse irrinunciabile per la scienza civilistica, pur in presenza di una situazione tanto mutata, il riferimento alla parte più nobile del lascito dei giuristi di fine Ottocento. A dircelo sono, in fondo, proprio i continui ritorni di vitalità delle letture della clausola generale di responsabilità. Irrinunciabile infatti resta per il civilista la tensione ricostruttiva verso l'unità, verso la lettura ordinata dei frammenti sparsi degli istituti; come irrinunciabile resta per la scienza la tensione verso una progettualità non sterile. Segno di continuità nel mutamento, tale tensione ricostruttiva esprime la parte più viva della scienza civilistica, attribuendole ancora un ruolo decisivo nella trasformazione del diritto.

Anche se, nel far uso delle residue briciole dell'antica 'grandezza' della sua scienza, il civilista finisce per sentirsi, sempre più spesso, solo la vittima di una consapevole illusione: « simile a un bambino — direbbe Tolstoj — che tiene dei nastri fissati all'interno di una carrozza e si immagina così di guidare i cavalli ».

PARTE PRIMA

**LA RESPONSABILITÀ AQUILIANA
NEL MODELLO
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO**

CAPITOLO PRIMO

I GIURISTI E I CINQUE ARTICOLI « ÉCRITS SUR LE ROC »

1. Princìpi di diritto comune e Codice. — 2. « Delitti e quasi delitti »: il modello del *Code civil* e la sua recezione in Italia. — 3. Al di là del *Code civil*. - 3.1. Uno sguardo al tardo diritto comune toscano. - 3.2. La voce isolata di Melchiorre Gioia. - 3.3. L'ambiguo modello dell'ABGB.

1. *Princìpi di diritto comune e Codice.*

Il primato della legge, l'assoluta coincidenza di diritto e legge, celebra con la codificazione napoleonica il suo trionfo e sottopone alla sua regolamentazione tutta la realtà giuridica: le norme del Codice sono, lo vuole lo stesso legislatore, complete ed esaurienti, rifiutano l'eterointegrazione, si spiegano con la loro chiarezza e semplicità. La scienza, la dottrina, il ceto dei *sacerdotes juris*, dopo la critica illuministica, dopo la fissazione legislativa di regole certe, complete e uguali ⁽¹⁾, non può che divenire quello che poi in realtà fu con la scuola dell'esegesi: non scienza del diritto civile ma scienza del Codice; dottrina che poteva affermare, con quel professore di Dijon allievo di Proudhon, Jean Joseph Bugnet, di non conoscere il Diritto Civile ma di insegnare il Codice Napoleone ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976; R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976; M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Comunità, 1966; M.A. CATTANEO, *Positivismo giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, XIII, 1966, pp. 315 e ss..

⁽²⁾ Cfr. J. BONNECASE, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, , 1924, 2. ed, pp. 28 e ss.; e J. BONNECASE, *Science du Droit et Romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Paris, Sirey, 1928, pp. 9 e ss.. Il Proudhon richiamato è naturalmente il giurista Jean-Baptiste-Victor.

Una ideologia giuridica che, com'è noto, fu ampiamente assimilata e conservata nella penisola italiana, sia con la breve vigenza della legislazione napoleonica, sia con l'emanazione dei Codici della Restaurazione, sia con la diffusione della dottrina esegetica nella fragile cultura giuridica degli Stati preunitari⁽³⁾. Il Codice civile del 1865 conclude e realizza, finalmente a livello nazionale, tale adesione, pur non mancando di elementi autonomi: basti pensare all'articolo 3 delle Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione e applicazione delle leggi in generale — avremo modo di incontrarlo più volte nel corso di queste pagine — che ammetteva la possibilità del ricorso all'analogia e ai principi generali del diritto.

Attraverso dunque il duplice canale della 'recezione' legislativa e dottrinale si compì in Italia un processo di unificazione legislativa che segnò il volto della cultura giuridica postunitaria con i tratti dell'ideologia del *Code Civil* e dell'*Ecole de l'Exégèse*: il diritto è creato esclusivamente dal legislatore; con il Codice occorre risolvere ogni controversia giuridica; il giudice, in presenza di una rigida divisione dei poteri, non deve modificare o integrare quanto volle il legislatore; la legge deve essere interpretata attingendo al pensiero e alla volontà del legislatore storico e non in modo evolutivo⁽⁴⁾. Ed è in riferimento a tale vittoria assoluta della legge che si è soliti presentare anche il bilancio della codificazione che contrappone i noti 'benefici' ai non meno noti 'svantaggi' di tale scelta: la semplificazione del sistema delle fonti, l'eliminazione del particolarismo giuridico e le garanzie di libertà ed uguaglianza si scontrano con l'inaridimento delle fonti del diritto privato imposto dall'assolutismo giuridico statalista, con la cristallizzazione del giuridico in formule

⁽³⁾ Cfr. C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La Codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma-Bari, Laterza, 1979. Sullo stato di crisi della cultura giuridica italiana agli inizi dell'Ottocento è sufficiente confrontare quanto scrive in apertura di un vecchio saggio Alfredo Rocco (*La scienza del diritto in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Rivista di diritto commerciale*, IX, I, 1911, pp. 285 e ss.) parafrasando il noto e impietoso giudizio espresso da Savigny nel 1828 sulla *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*.

⁽⁴⁾ Cfr. G. TARELLO, *La « scuola dell'esegesi » e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, Giuffrè, 1969, (pp. 241-276), pp. 257 e ss. ora in G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, (pp. 69-101); C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica*, cit., pp. 272 e ss..

mutabili ad opera del solo legislatore e con il trionfo di una « imposizione legislativa, espressione molto spesso non della volontà generale ma d'un puro potere politico e burocratico » (5).

Seguendo però le vicende storico-giuridiche ottocentesche nel lungo periodo, sino a toccare la 'grande guerra', e da un osservatorio privilegiato, quale quello dello studio specifico su di un istituto nodale come la responsabilità aquiliana, tale quadro si complica e la presenza del Codice postunitario appare, più che un punto di arrivo, un nuovo punto di partenza nello scontro tra il legislatore e la scienza giuridica, tra un monopolio esclusivo della legge nel giuridico e una implicita funzione legislativa della dottrina e, talvolta, della giurisprudenza. Il conflitto decisivo non riguarda — se non indirettamente — la presenza del Codice, ma è un altro, e si aprì in Italia solo quando il Codice venne chiamato ad operare in un contesto economico più vivo, lacerato da contrasti sociali crescenti e da disuguaglianze reclamanti una propria disciplina; un conflitto con una ben alta posta in palio: la decisione su come affrontare nel giuridico il mutamento sociale, l'accrescersi di esigenze 'speciali', particolari e disomogenee, che parevano trasformare le tradizionali forme civilistiche in involucri sempre più inappaganti, rompere per sempre l'unità e la pensabilità del diritto uguale. Interrogativi che erano per i giuristi ancor più significativi, perché ogni possibile risposta era percepita come essenziale alla sopravvivenza dello stesso Diritto Civile — che della unità dei principi giuridici era garante ed espressione —, al mantenimento del significato e del senso dell'operare della scienza giuridica così come configurati da una lunga tradizione disciplinare.

Lo scontro quindi avverrà tra il legislatore e una dottrina, quella

(5) G. ASTUTI, *Il « Code Napoléon » in Italia e la sua influenza sui Codici degli Stati italiani successori*, in *Annali di storia del diritto*, XIV-XVII, 1970-1973, (pp. 1-87) pp. 78 e 79, ora in G. ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea: raccolta di scritti* (a cura di G. Diurni), Napoli, ESI, 1984, vol. II, (pp. 713-802). Sulla codificazione postunitaria si cfr. A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i Codici del 1865*, Milano, Giuffrè, 1960; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Roma-Bari, Laterza, 1985. Riguardo al concetto di 'assolutismo giuridico' si cfr. P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988, pp. 517-532.

successiva agli anni Ottanta, rinnovata: gelosa della sua autonomia, non più succube del 'testo' e disposta a seguirlo pedissequamente, convinta che la richiesta di un continuo intervento legislativo nel settore civilistico rappresentasse la fine dei principi indispensabili alla stessa pensabilità del giuridico, la fine di quel fondo di sapienza scientifica, riconfermato e non fondato dal Codice, con cui il civilista era chiamato a costruire non solo il diritto civile, ma — in virtù di un primato epistemologico del Diritto Civile ancora indiscusso — l'ossatura di ogni discorso giuridico che volesse realmente dirsi tale. Una dottrina civilistica ben diversa da quella esegetica collocata a ridosso del Codice, più robusta culturalmente e meno provinciale, forte delle conoscenze della Pandettistica, incuriosita per modelli culturali storici e comparativistici. Una dottrina che — come vedremo — si schiererà, più che a difesa del Codice contro interventi settoriali, speciali, a difesa di principi intangibili, 'immutabili', elaborati dalla scienza e fissati una volta per sempre nel Codice, a difesa di una concezione radicatissima della scienza giuridica, la sola ritenuta capace di una estensione non traumatica al sociale del diritto; visione questa sostanzialmente simile anche in autori che fornivano letture diversissime delle stesse norme e che pur non mancavano di criticare aspramente le scelte del Codice. Una difesa quindi non di un gruppo di articoli, ma di un sostrato ampio di principi giuridici tramandati dalla tradizione, di un modo di intendere e applicare il diritto civile.

Il periodo dell'esegesi, la recezione della letteratura francese — per tornare al nostro discorso iniziale — rappresentò rispetto a questo momento decisivo che più ci interessa la fase della preparazione: fornì il materiale di base, gli elementi portanti, i principi 'immutabili' da rielaborare e, talvolta, da capovolgere. Immutabile non è aggettivo che si adegui al sapere giuridico, né, tantomeno, ad una legge; ma ritroveremo spesso il termine nelle pagine dei nostri giuristi anche se fornito il più delle volte di una connotazione ben particolare: l'immutabilità del Codice è operante nei confronti del legislatore, ma i principi 'immutabili' per legge sono ritenuti passibili di elaborazioni, di estensioni, di ridefinizioni ad opera della dottrina, la sola capace di adeguarli lentamente al divenire della storia. È, dal punto di vista della gerarchia delle fonti, una concezione costituzionale dei principi di diritto comune racchiusi nel Codice su cui

avremo modo di soffermarci spesso seguendo le vicende della responsabilità aquiliana. In materia di obbligazioni, va detto, a questa concezione se ne sovrappongono altre tendenti ad accreditare una visione dell'immodificabilità delle raggiunte conoscenze giuridiche in senso più proprio; ci riferiamo a quella tradizione, destinata a non estinguersi, che vedeva nelle obbligazioni il campo per l'applicazione di regole aventi una valenza logica assoluta, di tipo matematico, in cui ogni nuova acquisizione teorica si sovrappone alle altre senza metterle in discussione (6).

In tema di obbligazioni nel 'sostrato' di principi codificati si intrecciano con disinvoltura richiami alla tradizione giusnaturalistica e richiami alla 'logica' del sapere giuridico: riguardo alle obbligazioni — afferma il nostro legislatore postunitario — è inutile dilungarsi in spiegazioni, chiarire le ragioni delle scelte operate, perché è sufficiente guardare ai « dettati della sapienza romana » interpretati da Pothier e « religiosamente » seguiti dai redattori del *Code civil* (7).

Convinzione che è assai diffusa anche tra i commentatori del Codice: « il legislatore — scrive Luigi Borsari nel presentare i « Prolegomeni del trattato delle obbligazioni » — è più che mai legato e dipendente dalla immutabile ed eterna ragione delle cose, mentre fa egli stesso un trattato della scienza. Dacché l'alta intelligenza degli antichi seppe affermare l'intima natura delle obbligazioni (...) ai posteri è rimasto semplificare la forma, ma il fondo dei concetti ha dovuto restare immutabile. Si può scrivere e riscrivere, ma si scriveranno sempre le stesse cose... » (8).

Nel settore dei delitti e quasi delitti l'immutabile ed eterna

(6) « ...le droit romain, affirmaient certaines dogmatiques, surtout le droit romain des obligations, a la perpétuité des théorèmes de géométrie, parce qu'il a le même caractère rationnel. La géométrie ne varie pas, le droit des obligations ne peut davantage se transformer, car le droit romain a donné une fois pour toutes, la géométrie euclidienne des obligations »: così, nel 1969, Carbonnier (cit. in A.J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle de jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Pichon et Durant, 1973, p. 93).

(7) G. VACCA, *Relazione della Commissione senatoria sul progetto del terzo libro del Codice civile, presentato dal Ministro Guardasigilli Pisanelli*, in S. GIANZANA, *Codice civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari, e dai Verbali della Commissione coordinatrice*, Torino, UTE, 1887, vol. I, *Relazioni*, p. 311.

(8) L. BORSARI, *Commentario del Codice Civile italiano*, Torino, UTE, 1877, Vol. III, 2, articolo 1097, § 2271, p. 161.

ragione delle cose' era stata fissata con estrema parsimonia dai legislatori che si erano limitati a dettare sul tema solo cinque articoli nel *Code civil* — a cui il Codice italiano del 1865 aveva apportato modificazioni marginalissime e aggiunto un solo articolo — e avevano lasciato uno spazio tendenzialmente ampio per l'interprete nella formula dell'articolo 1382 e della sua copia italiana, l'articolo 1151: « Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno ». Un silenzio e una genericità che si riveleranno providenziali. Ammirando l'estrema concisione e l'elasticità della normativa, la dottrina francese del Novecento potrà entusiasmarsi per quei cinque articoli capaci di sorreggere, a più di un secolo dall'approvazione del Codice, un settore sempre più ampio: « Ils sont écrits sur le roc, et supportent encore sans faiblir l'énorme construction que les tribunaux et la doctrine ont edifiée sur eux » (9). E il principio ispiratore a cui guardare resta quello della colpa: resistente a qualsiasi definizione (10), esaltato per la sua moralità e le sue virtù pedagogiche, utilizzabile in senso opposto a quello originario, facente riferimento anche ad aspetti non soggettivi. Una colpa capace di restare solo come parola e di scomparire come idea, di esistere come colpa senza colpevolezza, paragonabile in ciò, a voler prestare ascolto ad un critico di tale esasperato svuotamento del concetto, « à un homme sans tête, à un automobile sans moteur, à un syllogisme sans prémisses » (11).

Certo, la dottrina esegetica non è quella di fine secolo che si spinse a interpretare evolutivamente le disposizioni del Codice in materia di responsabilità aquiliana sino a sconvolgerne i dati origi-

(9) H. CAPITANT, *Préface de la première édition*, di H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, cit., p. XI.

(10) Cfr. H. CAPITANT, *Préface de la première édition*, cit., p. XV: « Mais qu'est-ce donc la faute? Notion fuyante qu'il est bien difficile d'enserrer dans une formule et qui pourtant répond à quelque chose de réel, car quand on dit à quelqu'un: 'C'est de votre faute', chacun comprend ce que cela signifie. Il y a ainsi, en Droit comme dans tous les ordres de recherches, certaines idées essentielles qui résistent à la définition ». Cfr. ancora Y. FLOUR, *Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance?*, in *Droits*, 5, *fin de la faute?*, 1987, pp. 29 e ss..

(11) Così Paul Esmein, citato in R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, tome I, *Le sources de la responsabilité civile*, Paris, Pichon, 1951², p. 352.

nari; e la realtà sociale degli anni immediatamente successivi all'unificazione non imponeva, nella sua sostanziale staticità, alcuna spregiudicatezza logica all'interprete: non esistevano conflitti rilevanti tra le prospettive della dottrina ed il dettato codicistico. La validità logica, l'immutabilità dei delitti e quasi delitti può essere intesa dagli interpreti del periodo a ridosso dell'Unità in senso letterale: in un contesto sociale povero di tensioni il filtro della responsabilità per colpa è percepito come metro universale di giustizia; assorbe, attraverso il meccanismo di finzioni giuridiche, ogni istanza non riconducibile alla sua logica individualistica; pervade tutto il sistema; è perfettamente coincidente con l'etica politico-sociale del periodo. I contrasti dottrinali e giurisprudenziali sono interni a tale visione: raramente si dubita della corrispondenza tra il dettato degli articoli sulla responsabilità e le esigenze sociali del periodo; raramente si dubita della possibilità di poter dar risposta colle norme del Codice ad una nuova ipotesi di responsabilità.

Sicuramente nuove furono quindi non solo le capacità creative ma anche l'ambiente sociale e culturale che la civilistica neoterica ⁽¹²⁾ affrontò; un dato restò comunque costante rispetto al periodo postunitario: la convinzione di poter rispondere in materia di responsabilità ad ogni nuovo quesito, ad ogni nuova istanza del sociale attraverso il solo ripensamento scientifico degli articoli di diritto comune fissati nel sistema — e nella civilistica neoterica, come vedremo, il termine assume pregnanza — del Codice.

Una continuità che, in anni di pressanti richieste legislative di normative particolari per situazioni particolari, è presente nelle ricostruzioni sull'istituto in maniera più evidente che nelle generiche proclamazioni della civilistica intenta a dar voce alle nuove esigenze sociali. Molti, certo, attaccarono dopo gli anni Ottanta il Codice civile, come espressione dell'individualismo borghese, frutto di scelte di classe, insensibile e ostile alle classi subalterne; ma il nodo centrale da sciogliere stava nelle tecniche, nelle convinzioni radicate

⁽¹²⁾ Utilizziamo l'espressione nel senso di P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, 1976-1977, pp. 306 e ss. e P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* ». *Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo (1893-1896)*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 16 e ss..

nella costruzione del discorso giuridico: in questo caso la continuità è evidente e, se mutamenti sostanziali si possono notare, essi vanno ricercati, più che nella civilistica, nelle 'pretese' di un legislatore e di quanti con lui intendevano risponder 'per legge' alle trasformazioni del sociale, sino a mutare la stessa costituzione civilistica, sino a vanificare il ruolo della scienza.

Non si vuole naturalmente con tali affermazioni accreditare una visione — ci sia consentito lo sgraziato termine — panpandettistica della civilistica italiana: le differenze tra civilistica esegetica e civilistica neoterica ci sono e sono relevantissime; non vanno però — ed è quello che ci preme sottolineare in questo momento — esasperate. L'adesione cieca dei Commentatori esegetici al dettato del Codice è cieca fiducia di interpreti, speculativamente molto poveri, in un complesso consolidato di princìpi validi per sempre, validi di per sé, con o senza il manto formale impresso dal legislatore, e validi, grazie all'opera della scienza, per tutti i casi, per tutti i settori dell'ordinamento. Nel campo della responsabilità la raffinata civilistica neoterica sarà schierata a difesa degli stessi princìpi; essi appaiono, sì, insufficienti alla nuova realtà, vanno ripensati, rielaborati, elasticizzati quasi sino a sformarli, ma vanno difesi e difesi ora anche contro il legislatore, perché solo nella loro 'immutabilità' e 'generalità' la scienza civilistica percepisce una sua reale ragion d'essere.

Qualche lucida testimonianza di tali convinzioni della dottrina può essere ritrovata negli stessi anni del processo di codificazione unitaria; è sufficiente abbandonare le scarse annotazioni dei civilisti-commentatori del Codice e guardare a personaggi dediti sì al diritto civile, ma soprattutto impegnati della cultura giuridica romanistica e attenti alla sua struttura portante, quella ordinante e non contingente, oppure volti a cogliere nelle norme positive la lucida espressione di un più vasto disegno 'logico-filosofico'.

Come leggere, ad esempio, le note pagine di Filippo Serafini sul telegrafo ⁽¹³⁾, se non come contrapposizione netta di un diritto dei giuristi alla legge e al legislatore, come individuazione nella scienza dell'organo realmente deputato alla trasformazione del giuridico, organo rispetto a cui il legislatore è una mera appendice che dà un

⁽¹³⁾ F. SERAFINI, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*, Pavia, Fusi, 1862.

manto formale a contenuti che non possono e non devono essere di sua competenza. La possibilità di rispondere alle innovazioni tecnologiche utilizzando il diritto romano — anche in assenza di una nuova legge corrispondente alla nuova scoperta — è per Serafini la prova provata della vacuità delle teorie di quanti si ostinano a credere in un diritto « figlio della onnipotenza del legislatore », che abbia origine « nella volontà e nel senno di chi comanda, immaginandosi che quasi Minerva del cervello di Giove debba balzar fuori compiuto di tutto punto... » (14). La verità per il giurista sta altrove: il diritto non è dato dalla « sapienza del legislatore », l'origine del diritto positivo non sta « nella volontà e nel senno del legislatore » (15); esso è invece « una manifestazione immediata ed istintiva della coscienza universale degli uomini e del genio individuale delle nazioni, e che esternandosi nel fatto e presa forza nell'esperienza passa quindi ai giureconsulti che lo riducono a principii (...) e ne fanno a mano a mano che se ne presenti il bisogno le opportune applicazioni per poi dargli unità scientifica, finché viene in ultimo il legislatore a ridurlo in iscritto » (16); e ancora: « ...I Codici non hanno valore se non in quanto sono l'ultima espressione di un diritto popolare maneggiato dai giureconsulti » (17).

Riecheggiando temi cari alla Scuola Storica, sono presentate con franchezza argomentazioni ampiamente sottese al dibattito degli

(14) F. SERAFINI, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza*, cit., pp. 17 e 18.

(15) F. SERAFINI, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza*, cit., p. 17.

(16) F. SERAFINI, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza*, cit., p. 18. Si cfr. ancora nella stessa direzione la Prolusione al Corso di diritto romano tenuta il 25 novembre del 1871 da Serafini nell'Università di Roma: F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare*, in ID., *Opere Minori* (raccolte e pubblicate da Enrico Serafini), I, *Scritti vari*, Modena, Soc. tip. modenese, 1901, (pp. 201-219), in particolare p. 209: « la vera fonte del diritto adunque non è il capriccio del legislatore, ma la necessità di provvedere ai rapporti della convivenza civile, e trae la sua impronta non dall'ingegno di pochi saggi, ma dal genio individuale della nazione ». Su questo breve ma denso scritto di Filippo Serafini — fitto, naturalmente, di richiami a Savigny — si cfr. quanto ha recentemente scritto A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in ID. (a cura di) *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1989, (pp. 275/372), pp. 278 e ss..

(17) F. SERAFINI, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza*, cit., p. 18; cfr. anche F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare*, cit., pp. 211 e ss..

anni successivi sul nostro tema: la scienza deve convivere con il Codice, ma non può sottostare, a meno che non intenda rinunciare a dirsi scienza, all'assolutismo del legislatore; la trasformazione reale del diritto spetta ai giureconsulti il cui lavoro non sta solo a valle, ma anche a monte dell'opera del legislatore; il rapporto tra diritto e innovazione tecnologica, tra diritto e trasformazione sociale, non può essere risolto con interventi legislativi continui, frammentari, mai al passo con i mutamenti, ma deve essere affrontato dalla scienza che è la sola in grado di non ledere l'unità del diritto, la sola in grado di far convivere in un quadro unitario principi giuridici tradizionali e nuove esigenze (18).

Forse meno esplicite sono le riflessioni di Matteo Pescatore, personaggio rispettoso della divisione dei poteri, poco propenso a visioni storicistiche e dedito alla logica giuridica (19), eppure anche dalle sue pagine traspare un diritto che riguardo ai principi giuridici essenziali non può che essere monopolio della scienza dei giuristi. Il diritto civile — scrive, soffermandosi sulla differenza tra *jus commune* e *jus singulare* — « è generato dai principii primitivi di ragione giuridica naturale, e che la natura di questi principii si è di esprimere un vero assoluto, il quale non d'altronde ripete la sua ragione e la sua esistenza fuorché da se stesso. Il legislatore può ben raccogliere questi principii, dedurne i corollari, e comporne un Codice: la riflessione può mostrare i vantaggi che risultano dalla loro osservanza, può mostrarne anche la necessità nella pratica della vita civile; ma propriamente quei principii non hanno per fondamento immediato che l'intuizione della loro verità, che sussiste da sé in modo assoluto, indipendentemente da considerazioni di convenienza, e da qualunque dichiarazione legislativa, a cui la verità preesiste. Questi principii e i corollari che la logica ne deduce costituiscono nella giurisprudenza il *jus commune* » (20). Il legislatore può, è vero,

(18) Cfr., in particolare per il dibattito sulla possibilità di accordare efficacia giuridica alle clausole che scioglievano l'amministrazione telegrafica da ogni responsabilità, F. SERAFINI, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza*, cit., pp. 182 e ss.. Su cui cfr. ancora *infra* cap. IV.3.

(19) Cfr. M. PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, UTE, 1963. Su Matteo Pescatore si cfr. G. RODDI, *Matteo Pescatore, giurista (1810-1879). La vita e l'opera*, Torino, Centro studi piemontesi, 1986, pp. 73 e ss..

(20) M. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 39.

introdurre « di propria autorità (...) disposizioni derogative *propter utilitatem* dei principii di ragione naturale », in base ad apprezzamenti di carattere sociale, politico, economico; ma ciò naturalmente « avviene per eccezione e dà origine al *jus singulare* » (21). Il giurista che ha il compito di guardare al solo campo « del vero, del giusto, della ragione giuridica primitiva », al « campo del *jus commune* », non potrà che operare privilegiando il *jus commune*: qui infatti non c'è spazio per apprezzamenti di opportunità o di convenienza, ma prevale la scienza, « domina liberamente la logica del diritto (*regula juris, ratio juris*) il grande stromento della giurisprudenza » (22). Il giurista, quindi, anche nel caso in cui « il *jus singulare* assuma le forme di una regola generale, nell'atto stesso che il *jus commune* contrario sembra ridotto alle ristrette proporzioni di una eccezione », non dovrà lasciarsi « ingannare dalle apparenze » e sceglierà optando per il diritto comune: « .. nel dubbio risponderemo per *jus commune* » (23). Nel diritto comune esiste insomma — e Pescatore critica Savigny che, « assorto nella scienza storica del diritto », non riconobbe questo aspetto (24) — « un principio scientifico, regolatore supremo di tutta l'attività legale », un complesso di regole derivanti da un puro principio di giustizia che sono estendibili per logica a tutti i casi (25).

Pescatore è contrario ad un giudice che, « passando da caso a caso », si faccia « arbitrario estimatore di convenienze » (26); ed è convinto che solo l'apprezzamento legislativo possa introdurre « principii *relativi e contingenti* » volti a regolamentare, per ragioni di convenienza e di opportunità particolari, determinate materie anche contro lo stesso diritto comune. Il requisito da lui richiesto è quello della certezza: la scelta eccezionale, contrastante con il diritto comune, deve essere assolutamente chiara agli occhi dell'interprete costretto ad abbandonare la strada segnata dalla scienza (27). Ma

(21) M. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., pp. 39 e ss.; cfr. anche pp. 273 e ss..

(22) M. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 42.

(23) M. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., pp. 44 e 45.

(24) Cfr. M. PESCATORE, *La logica del diritto*, pp. 46; 271; 341.

(25) Cfr. M. PESCATORE, *La logica del diritto*, pp. 46 e 271.

(26) M. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 42.

(27) « Il diritto non si appaga della probabilità e chiede sempre la certezza; perciò la logica del diritto (*juris ratio*) prestabilisce punti fissi e certi, da cui il giudice non si

anche quando ‘apparentemente’ le eccezioni non siano più tali e formino una nuova regola, un nuovo sistema sovrapposto all’antico, l’interprete non dovrà lasciarsi ingannare: esse continueranno a costituire, in quanto espressione del particolare e del contingente, solo una provvisoria negazione del diritto imposta dal legislatore, mentre il ‘vero diritto’ resterà quello fissato nei principi del *gius commune*, quei principi capaci di offrire « al giureconsulto e al giudice la soluzione completa di tutti i casi » (28), la vera soluzione giuridica, la vera risposta del giuridico, dei principi ‘immutabili’ alle trasformazioni sociali.

È lungo questa linea che il discorso dei nostri giuristi tende a scindersi in due versanti: quello del provvisorio, del contingente, del relativo e quello del vero, del certo, dell’assoluto. Il legislatore si occupa del primo versante, ma non può realmente incidere sul secondo che è demandato esclusivamente all’opera della scienza: la legge non muta l’assetto della costituzione privatistica, non ne sconvolge il disegno armonico. Il diritto comune ha in sé, nelle regole generali fondanti la logica del discorso giuridico, la compiutezza: è la base certa per una scienza civilistica che deve assorbire entro i suoi schemi tutta la realtà; è percepito come l’essenza duratura, immutabile, del giuridico, attorno a cui ruotano solo sparse eccezioni, non costituenti il vero diritto e pertanto inidonee alle costruzioni della scienza, provvedimenti legislativi contingenti, compromessi temporanei del politico con il sociale.

2. « *Delitti e quasi delitti* »: il modello del Code civil e la sua recezione in Italia.

« Il laconismo del Nostro Codice, imitato dal Francese, non provvede abbastanza »: l’opinione è dei giudici della Cassazione di

debba dipartire finché non si abbia acquistata la certezza del punto contrario (...). Gli è per questo che la scienza separa i principii di ragione giuridica naturale dai principii di ragion giuridica positiva, e costituisce un sistema completo coi principii di *gius commune* che è ancora la ragione giuridica naturale accompagnata dalla logica e completata dalla legge nelle sole parti essenzialmente indeterminate » (M. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 267).

(28) M. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 267.

Milano e la parte ‘laconica’ del Codice è quella dedicata nel progetto Cassinis ai Delitti e quasi delitti ⁽²⁹⁾. Nelle « scarse e generiche » disposizioni normative del Codice i giudici della Cassazione milanese — condivisi da quelli del Regio Tribunale di Appello della Lombardia — intravedevano soprattutto un pericolo: abbandonare « nel dominio della giurisprudenza una quantità di quistioni, le quali aprono facile adito all’arbitrio » ⁽³⁰⁾; dar luogo « ad incertezze di diritti e di obblighi ed a troppo discrezionali deliberazioni del giudice » ⁽³¹⁾. La proposta non raccolta avanzata dai giudici lombardi è quella di guardare al di là del modello del *Code civil*, di ignorare la statuizione concisa, generale e generica dell’articolo 1382, per imitare le « distinzioni e spiegazioni » dedicate all’argomento dal Codice austriaco che essi ben conoscevano.

L’argomento solleva una questione che diverrà sempre più ricorrente solo a fine secolo quando l’unanimità del consenso etico-politico degli interpreti della disposizione ‘generica’ comincerà a venir meno, quando nuove esigenze spingeranno a riempire tale disposizione ‘vuota’ con contenuti contrastanti. Solo in quel momento si porrà con drammaticità l’interrogativo di come arginare la discrezionalità del giudice in un settore in cui il legislatore si era limitato solo a tracciare una linea, a fornire una direttiva senza spiegazioni — del tutto ‘muti’ sono infatti i lavori preparatori del nostro Codice civile del 1865 ⁽³²⁾ —, dettando una prima norma generale che pareva assorbire le poche disposizioni successive. Negli anni della codificazione i magistrati lombardi coltivano in perfetta

⁽²⁹⁾ *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d’Italia*, vol V, *Osservazioni della magistratura* sul progetto di revisione del Codice civile Albertino presentato al Parlamento dal Ministro di Grazia e Giustizia (G.B. Cassinis), Roma, (2. ed. riveduta e ampliata), 1890, p. 64.

⁽³⁰⁾ *Ibidem*, pp. 63 e 825.

⁽³¹⁾ *Ibidem*, p. 825.

⁽³²⁾ La citata testimonianza dei giudici milanesi è una delle poche rinvenibili in tema di delitti e quasi delitti nei lavori preparatori del Codice. Un brevissimo cenno al tema della responsabilità per danno cagionato dagli animali si trova nel dibattito della seduta del 31 agosto del 1864 della Commissione di Palermo (in riferimento agli articoli del progetto Miglietti): cfr. *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d’Italia*, cit., vol. VIII, pp. 1666 e ss.. ‘Mute’ sono, inevitabilmente, anche le raccolte dei motivi del Codice curate dalla dottrina: cfr. G. FOSCHINI, *I motivi del Codice civile del Regno d’Italia ordinati sotto ciascun articolo*, Torino, Belgrano, 1868 (2. ed.), agli articoli 1151 e ss..

solitudine il loro timore che avvertono forse più per la difficoltà di staccarsi dal testo prolisso dei paragrafi dell'ABGB, che per la condanna di una eccessiva discrezionalità del giudice, prevista, del resto, in più casi dallo stesso 'preciso' Codice austriaco cui si richiamano. Nei primi Commentari successivi al Codice sono presentati invece i tratti di una disciplina del tutto priva di incertezze, fissata in articoli sostanzialmente chiari — pur se talvolta criticati per una contorta fattura, come nel caso dell'articolo 1383/1152 —, e soprattutto resi ancora più chiari dalla tradizione interpretativa recepita dalla letteratura esegetica e dalla lettura dei lavori preparatori del *Code civil*. Il problema della genericità e della 'scarsità' normativa non si pone, sia perché gli operatori del diritto sono convinti della estensibilità logica all'infinito del principio di responsabilità tracciato nel Codice, sia perché l'orizzonte delle tematiche da affrontare sembra trovare completo esaurimento, se non nel Codice, nelle analisi delle fattispecie presentate dalla ben solida e conosciuta letteratura esegetica.

Il rinvio in bianco del legislatore italiano nei confronti dei principi fissati nella codificazione francese implica infatti nel caso dei delitti e quasi delitti una piena recezione dottrinale di un'intera letteratura di complemento, gravida di un ben preciso rapporto tra diritto e morale, di una ben precisa scelta dei beni tutelabili con lo strumento della responsabilità e di una sua indispensabile funzione politica, oltre che giuridica. È con tali contenuti che gli interpreti postunitari riempiono il principio di sintesi posto nell'articolo 1151 ed è l'adesione completa a tali contenuti che dà forma a quel silenzio — espressione della convinzione della inutilità di spiegare e chiarire l'evidenza dell'immodificabile principio posto nel *Code civil* — che accompagna la mera ripetizione degli articoli 1382 e seguenti nel Codice per lo Regno delle due Sicilie, nel Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, nel Codice Albertino, nel Codice civile per gli Stati Estensi ⁽³³⁾ ed infine nel Codice civile del 1865.

La dizione ampia degli articoli, il dettato in taluni punti ambiguo e suscettibile di letture contrastanti, l'apertura enorme offerta

⁽³³⁾ Cfr. *Codice pel Regno delle Due Sicilie*, articoli 1336-1340; *Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, articoli 2085-2089; *Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, articoli 1500-1504; *Codice civile per gli Stati Estensi*, articoli 1393-1398.

dall'articolo 1151, la sfuggente nozione di colpa, non offrono dunque agli interpreti postunitari alcun motivo di riflessione: l'ampio spazio a disposizione del giudice e della dottrina è utilizzato pochissimo. I commentari si somigliano tutti: ripercorrono le stesse ipotesi di scuola, riportano le stesse classificazioni, difendono gli stessi dogmi e le stesse finzioni ricostruttive, attingono a piene mani dalla stessa letteratura ⁽³⁴⁾.

L'unitarietà della lettura, non imposta certo dalle scarne, ambigue e aperte disposizioni del Codice, è data dalla recezione di un blocco di princìpi, rielaborati e discussi dalla civilistica francese, che i nostri giuristi accettano senza beneficio di inventario, con una adesione piatta quanto entusiastica. Il complesso di elaborazioni fornite dalla letteratura esegetica costituisce dunque il modello di partenza della civilistica italiana; un modello che considereremo in maniera unitaria: non ci interessa nella sua genesi e nella sua evoluzione, ma così come giunge ed è utilizzato nell'Italia postunitaria. Le differenziazioni interne alla letteratura francese certo non mancano: per notarle è sufficiente solo confrontare le scarne pagine dedicate da Delvincourt al nostro argomento ⁽³⁵⁾ con le trattazioni più tarde e problematiche di Larombière e di Laurent ⁽³⁶⁾ o con la più rilevante monografia dedicata alla responsabilità nel corso dell'Ottocento, quella di Sourdat ⁽³⁷⁾. L'impressione che si ricava però

⁽³⁴⁾ Cfr. a mo' d'esempio: V. CATTANEO-C. BORDA, *Il Codice civile annotato*, Torino, UTE, 1865, pp. 845 e ss.; E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, 2, Firenze, Cammelli, 1869, pp. 47 e ss.; T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, vol. VI, Torino, tip. Vercellino, 1873, pp. 463 e ss.; G. DELVITTO, *Commentario teorico pratico del Codice civile del Regno d'Italia per singoli articoli*, vol. IV, Torino, Negro, 1879, pp. 203 e ss.; G. FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano. Lezioni dettate nell'Università di Napoli*, Napoli, Anfossi-Perrone, 1882, pp. 269 e ss. e 1052 e ss..

⁽³⁵⁾ Cfr. C.E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, vol VIII, Bruxelles, De Mat, 1827 (Nouvelle édition revue et corrigée par l'Auteur), pp. 451 e ss..

⁽³⁶⁾ Cfr. L. LAROMBIÈRE, *Code Napoléon. Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III e IV, livre III, du Code Napoléon*, V, *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général et des engagements qui se forment sans convention*, Paris, Durand, 1857, pp. 682 e ss.; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XX, Paris-Bruyelles, Bruylant-Christophe & Comp., 1876, pp. 405 e ss..

⁽³⁷⁾ Cfr. A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, Paris, De Cosse, 1852. Auguste J.-B. Sourdat è un

giungendo a tale letteratura attraverso il filtro della meno ricca prima civilistica italiana è che tali opere costituissero agli occhi dei nostri giuristi, privi di una marcata identità culturale, quasi un'unica opera di interpretazione autentica del Codice, contenente il suo vero modello, l'unica linea di lettura possibile, il ben delineato quadro di principi costituzionali entro cui — seguendo tra un capitolo e l'altro dell'opera dispute su dogmi sostanzialmente indiscussi — la nostra civilistica intendeva muoversi.

Le poche pagine dedicate alla responsabilità extracontrattuale da Emidio Pacifici Mazzoni possono darci un primo quadro del riferimento acritico della prima civilistica italiana alla dottrina francese. L'esatta configurazione della natura e della distinzione tra delitti e quasi delitti ⁽³⁸⁾ costituiva una questione ineludibile per il commentatore alle prese con la nostra Sezione terza del primo Capo (« Delle cause dell'obbligazione »), Titolo quarto (« Delle obbligazioni e dei contratti in genere ») del Libro terzo del Codice.

giurista che lega il suo nome solo a questi due fortunati volumi dedicati alla responsabilità: il testo ebbe in Francia ben cinque edizioni sino agli inizi del secolo (nel 1852, prima edizione cui faremo qui riferimento, nel 1872, nel 1876, nel 1887 e nel 1902; quest'ultima edizione era rivista ed ampliata con la collaborazione di Luis Sourdat). Il testo ebbe, come vedremo, una notevolissima fortuna anche in Italia. La prima edizione venne anche tradotta in italiano: *Trattato generale della responsabilità ossia dell'azione per danni ed interessi non dipendenti dai contratti* di A. Sourdat Dottore in Diritto e Procuratore Imperiale presso il Tribunale di Arras. (Prima versione italiana con note pubblicata a cura di Camillo Atanasio), Napoli, tip. Carluccio, 1953.

⁽³⁸⁾ Una distinzione ritenuta qualche decennio dopo solo un « puro residuo archeologico » privo di ogni utilità: così G. ROTONDI, *Dalla « Lex Aquilia » all'articolo 1151 cod.civ.. Ricerche storico dogmatiche*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, 1, (pp. 942 e ss.); 1917, 1, (pp. 236 e ss) p. 287. Cfr., però, già molti anni prima G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. V, *Fonti dell'obbligazione. Quasi contratti, fatti illeciti, legge*, Firenze, Cammelli, 1882, pp. 179/180: « ...le stesse incertezze, da cui si trova imbarazzata la dottrina francese per tirare la linea di separazione tra delitti e quasi delitti, sono rimaste a rendere oscura questa separazione anche nel diritto moderno italiano. Sarà *delitto* il fatto positivo, *quasi delitto* l'omissione? Sarà *delitto* il fatto proprio, e *quasi delitto* la responsabilità del fatto altrui, come pensò un tempo Zachariae; o sarà piuttosto, come vuole la scuola prevalente, *delitto* il fatto doloso, *quasi delitto* quello colposo? Lasciamo ad altri la cura di risolvere questo problema che non ha importanza né dottrinale, né pratica. La distinzione tra il delitto e il quasi delitto è una reminiscenza storica del diritto romano trapiantata senza ragione nei Codici moderni, dove non ha senso giuridico ed è priva di scopo ».

Ragionando sul Codice, con la scorta pressoché esclusiva del diritto romano, Alessandro Doveri aveva proposto di interpretare il delitto « come qualsiasi fatto illecito imputabile (fatto doloso o colposo, positivo o negativo) », e di intendere invece per quasi delitto la responsabilità ricadente su un soggetto per fatto commesso da altri e che egli non ha impedito, mentre poteva e doveva impedirlo ⁽³⁹⁾. Una lettura poco riverente verso Pothier, e forse del tutto ignara dei lavori preparatori del *Code civil*, ma che non incontrava obiezioni di rilievo nel testo della legge. A noi interessa però la replica di Pacifici Mazzoni a tale tesi: a Doveri sono contrapposte, più che argomentazioni, autorità indiscutibili. La distinzione va letta secondo le idee ricevute nell'antico diritto francese, sostenute da Pothier, recepite nel Codice francese e nel nostro, così come interpretate da Toullier, Jean-Baptiste-Victor Proudhon, Duranton, Aubry, Rau, Marcadé ⁽⁴⁰⁾: per delitti si deve intendere « qualunque fatto illecito, volontario e doloso con cui una persona arreca danno ad un'altra » ⁽⁴¹⁾; i quasi delitti si caratterizzano per il diverso « elemento morale che mentre è il dolo nei delitti, è la colpa nei quasi delitti (articoli 1151 e 1152) » ⁽⁴²⁾.

Nonostante gli autorevoli autori e la non meno autorevole tradizione, resta comunque difficile la lettura degli articoli 1151 e 1152: se i fatti, sia dolosi che colposi, sono già ricompresi nell'articolo 1151, a che serve il « non felice » articolo 1152? a che serve specificare che « ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per fatto proprio, ma anche per propria negligenza ed imprudenza »? che senso ha contrapporre al fatto proprio una propria negligenza ed imprudenza? Non resta, di fronte a tanta incertezza, che spiegare la disposizione ritenendo, ancora con gli

⁽³⁹⁾ Cfr. A. DOVERI, *Istituzioni di diritto romano* (Seconda edizione accresciuta con note di confronto col Codice civile italiano), Firenze, Le Monnier, 1866, vol. II, pp. 302 e ss.; 343 e ss..

⁽⁴⁰⁾ Cfr. E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, 2, pp. 47 e 48. Unico autore italiano richiamato è « il chiarissimo Precerutti » (p. 49). Cfr. E. PRECERUTTI, *Elementi di diritto civile patrio*, Torino, tip. Speirani e Tortone, vol. I, 1855; vol. II, 1857, il commento relativo agli articoli 1500 e seguenti del Codice Albertino è alle pp. 203 e ss. del secondo volume.

⁽⁴¹⁾ E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, 2, pp. 47 e 48.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, p. 52.

autori francesi, che essa facesse implicito riferimento alle omissioni, oppure proclamare, con Marcadé, la sua totale inutilità, con l'invito a non tenerne conto ⁽⁴³⁾. La chiave della distinzione, la sua natura, in realtà, non sta nel testo del Codice, ma solo nell'autorità della tradizione cui il giurista si affida senza remore; così è anche per altri quesiti meno nominalistici: sempre le fondamenta del discorso sono non nella lettera del Codice, ma nel Codice visto attraverso il filtro della letteratura francese.

Emerge, da questo punto di vista, una letteratura esegetica ben poco dedita all'esegesi e ben poco attenta alle parole del legislatore.

È un'ottica diffusa in maniera uniforme nella prima civilistica italiana e difficile da abbandonare: coinvolge in pieno i vari commentatori del Codice ⁽⁴⁴⁾, ma non vi si sottraggono anche le prime opere monografiche degne di attenzione nel settore delle obbligazioni. Tra queste sicuramente ancora immersa nel clima della recezione francese è quella di Giorgio Giorgi ⁽⁴⁵⁾ — un'opera destinata a influenzare molto la pratica —, mentre segna quasi una fase di transizione verso la nuova civilistica l'ambizioso « Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti » di Enrico Lai ⁽⁴⁶⁾: autore pensoso e insofferente dell'esegesi, collocabile a pieno titolo nella civilistica neoterica — è sufficiente leggere la prima parte del suo incompiuto « Sistema del diritto civile italiano » ⁽⁴⁷⁾ in cui è sensibilissimo alle istanze sistematiche dei tedeschi —, eppure incapace di condurre del tutto il tema della responsabilità per nuovi sentieri, lontano dai luoghi frequentati dalla letteratura francese. D'altra parte, anche nel sistema della colpa contrattuale ed extra-

⁽⁴³⁾ Cfr. *ibidem*, p. 48.

⁽⁴⁴⁾ Cfr., oltre alle opere già citate, F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, VI, *Delle obbligazioni*, Torino, UTE, 1880, pp. 116 e ss.; ed anche F. DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano*, vol. VI, Milano, Società Ed. Libreria, 1900, pp. 294 e ss.; G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile* (2. ed.), vol. V, Napoli, Jovene, 1895.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. per quanto attiene alla responsabilità aquiliana G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. V., *Fonti delle obbligazioni. Quasi contratti, fatti illeciti, legge*, cit..

⁽⁴⁶⁾ Cfr. E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti. Appunti*, Cagliari, tip. Timon, 1880.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. E. LAI, *Sistema del diritto civile italiano*, vol. I, *Parte generale*, Cagliari, tip. Timon, 1885.

contrattuale di uno fra gli autori più consapevoli della nuova civilistica, Gian Pietro Chironi, troveremo ancora pagine e pagine totalmente tributarie alla costruzione dei francesi.

Un'eredità scientifica difficile, dunque, da trasformare e che continuò a costituire, nel bene e nel male, la tradizione ricostruttiva con cui la civilistica neoterica venne chiamata a fare i conti. Innovare la responsabilità aquiliana di fronte alle nuove situazioni sociali degli anni Ottanta significherà soprattutto rielaborare tale modello e scontrarsi con esso. Il rapporto della civilistica con il suo passato, con la sua tradizione scientifica consolidata in tema di responsabilità, con quei principi ritenuti espressione non del Codice o di questa o quella letteratura ma del diritto stesso, si complica ulteriormente però negli anni dell'emersione giuridica delle disuguaglianze, e guardare solo al rapporto esegesi/sistema appare inappagante.

La letteratura esegetica non aveva trasmesso in tema di delitti e quasi delitti solo un ordine espositivo facilmente superabile, ma anche un complesso di convinzioni — costituenti, pur se spesso criticatissime, il patrimonio scientifico della civilistica italiana — riguardo ai principi, il fondo della visione 'immodificabile' in tema di responsabilità, il materiale di base con cui la scienza giuridica rinnovata opera, il diritto comune che essa rielabora e ripensa radicalmente nel nuovo contesto sociale: in quei principi risiede l'unità del diritto, la simmetria logica delle regole, l'armonia che il giurista è tenuto a svelare per renderli applicabili a tutti i casi. La civilistica neoterica potrà rifiutare tutto della prima civilistica, ma non potrà certo rinunciare a far salva tale unità che è parte integrante del patrimonio ereditato: condannerà la lettura miope dei principi, li riempirà di nuovi contenuti, ma non si rassegnerà a non poter raggiungere con essi tutta la realtà sociale, si opporrà ad una scienza civilistica costretta a vagare senza più un centro, a inventare una logica parziale e provvisoria costruita non su di 'un principio scientifico regolatore supremo di tutta l'attività legale', ma su provvedimenti mutevoli di mutevoli maggioranze politiche. Non è più in discussione un patrimonio della scienza civilistica ma la stessa scienza giuridica, non si tratta più di una questione di metodo ma si tratta di ripensare totalmente il giuridico. Di fronte a questo più radicale passaggio da una complessiva unitarietà ed onnicomprensività dei principi del diritto comune civilistico alla loro frantumazione — vicenda che

seguiremo sia nelle sue ultime risposte unitarie, sia nella sua prima disgregazione — la *vexata quaestio* esegesi/sistema assume un'importanza quasi secondaria nelle vicende del nostro istituto.

Accontentiamoci per ora solo delle linee esterne del nostro modello dominante — vedremo nei due capitoli successivi i suoi contenuti e nella seconda parte gli sviluppi datigli dalla civilistica neoterica — e cerchiamo quali altri possibili scelte, quali altri riferimenti culturali, diversi da quelli del binomio *Code civil*/letteratura esegetica, si offrivano ai nostri giuristi postunitari in tema di responsabilità civile.

3. *Al di là del Code civil.*

Uno sguardo sia pur fugacissimo alla scarna letteratura degli Stati preunitari che avevano codificato il diritto civile ci offre la visione del dominio pressoché assoluto del modello francese, e ci ripropone 'nudi' gli articoli 1382 e seguenti del *Code civil*: non solo manca ogni approfondimento, ma si rinuncia spesso al commento ⁽⁴⁸⁾. Se talvolta si invita a leggere il Codice guardando alle sue radici e alla sua storia, individuando quei « principii certi e generali che spiegar debbono la vera mente del legislatore » ⁽⁴⁹⁾, non si manca di aggiungere che tali principii vanno compresi in concreto

⁽⁴⁸⁾ Si cfr. ad esempio G. D'ETTORE, *Codice per lo Regno delle Due Sicilie messo in confronto con i Codici vigenti in Francia e le leggi romane*, Napoli, Tullio, 1859, 2. ed, pp. 330 e ss.; S. CANGIANO, *Lezioni di diritto positivo secondo il Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Parte prima, *Leggi civili*, vol. II, Napoli, Azzolino, 1842, pp. 694 e ss.; *Le leggi civili ossia la parte prima del Codice per lo Regno delle Due Sicilie messo in comparazione col codice civile francese, col dritto romano e coll'antico dritto del Regno* (per cura degli avvocati G. Meledandri; D. Galdi, N. Nicodemi), Marghieri-Perrotti, p. 466; G. MELEDANDRI, *Corso di diritto civile dedicato ai notai*, Napoli, il Diogene, 1850, I, p. 179; P. LIBERATORE, *Dizionario legale*, Napoli, Rusconi, 1834, alle voci « Risponsabilità » (p. 432) e « Quasi delitto » (p. 407).

E così anche riguardo al Codice Albertino ed a quello estense: cfr. *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, vol. II, *Codice civile*, Genova, tip. della Gazzetta dei Tribunali, 1856, p. 403 (si cfr., però, E. PRECERUTTI, *Elementi di diritto civile patrio*, cit.) e G. BRUGNOLI, *Indice ragionato del Codice civile estense in comparazione del diritto romano*, Modena, Vincenzi, 1852, alla voce « Danno dato » (p. 68).

⁽⁴⁹⁾ G. TORELLI, *Lezioni di dritto secondo l'ordine del Codice per lo Regno delle due Sicilie*, Napoli, Stamp. Mosca, 1839, 2. ed., p. 15.

riferimento al modello francese ⁽⁵⁰⁾, e la parola torna ai lavori preparatori del *Code Civil*, ai « commentari » utili alla comprensione del testo e quasi parte integrante del testo: alle raccolte di Locré e di Maleville, a Toullier, Proudhon, Duranton, Delvincourt ⁽⁵¹⁾.

È l'omogenea tradizione, consolidata dalle numerosissime traduzioni dei testi francesi ⁽⁵²⁾, che ritroveremo compatta nei commentari postunitari del Codice del 1865. Le alternative ricostruttive cui ispirarsi erano, del resto, scarse e poco conosciute; soffocati dal diffondersi della ingannevole semplicità della declamazione sintetica dell'articolo 1382 del *Code civil*, i restanti modelli apparivano d'un tratto farruginosi, arretrati, poco comprensibili. I paragrafi dell'A-BGB risultavano troppo dettagliati ed ambigui — e soprattutto erano pressoché sconosciuti in gran parte della penisola —; le tradizioni di responsabilità collettiva della comunità per i danni clandestinamente arrecati previste dalle normative statutarie, sembravano appartenere oramai ad un'altra epoca storica ed erano dimenticate; tutta la tradizione di diritto comune era piegata in una lettura consona a quella degli articoli del Codice; e solo qualche voce estranea al coro dei giuristi osava esaltare apertamente 'la civiltà' delle troppo presto dimenticate 'tradizioni barbariche' in materia di danno in contrapposizione alle dominanti scelte romanistiche e francesi. Il modello della responsabilità per colpa sancito nell'articolo 1382 del *Code civil* poteva in questo quadro essere percepito come un principio irrinunciabile di ogni civiltà giuridica, come il

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 17/18.

⁽⁵¹⁾ Cfr. *ibidem*, p. 163; S. CANGIANO, *Lezioni di diritto positivo secondo il Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Parte prima, *Leggi civili*, vol. I, Napoli, Azzolino, 1841, p. LXIII. Meno soffocante il dominio della letteratura francese appare nella più significativa opera, quella di Precerutti, della civilistica del Regno di Sardegna.

⁽⁵²⁾ Per indicazioni sulle innumerevoli traduzioni dei commentari francesi in Italia cfr. G. TARELLO, *La « scuola dell'esegesi » e la sua diffusione in Italia*, cit.; G. ROTONDI, *Letteratura civilistica francese e italiana*, in ID, *Scritti giuridici*, III, *Studi vari di diritto romano ed attuale* (studi inediti), Pavia, tip. Cooperativa, s.d. (ma 1922); F. RANIERI, *Le traduzioni e le annotazioni di opere giuridiche straniere nel secolo XIX come mezzo di penetrazione e di influenza della dottrina*, in *La formazione del diritto moderno in Europa* (Atti del III Congresso internazionale di storia del diritto), Firenze, Olschki, 1977, vol. III, pp. 1487-1504; e, soprattutto, M. T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, Napoli, Jovene, 1987.

filtro indispensabile per l'attribuzione del risarcimento per danni, come il fondamento unico ed indiscutibile della responsabilità.

Negli anni successivi all'Unità il richiamo a diverse tradizioni è quindi assente come apertura culturale, utilizzabile per proporre una lettura meno assoluta della sezione dei delitti e quasi delitti; compare talvolta nella forma più gretta della presentazione di modelli negativi da respingere e condannare. I flebili segnali provenienti dalle esperienze sottraentisi all'influenza francese finirono così col disperdersi e con lo scomparire del tutto nel coro dei ripetitori dell'esegesi; ad uno sguardo più ravvicinato possiamo vederli riemergere privi di ogni loro autonomia: utilizzati per riempire la formula generale dell'articolo 1151 — è quanto accade ad esempio per le vibranti pagine di Melchiorre Gioia a favore della risarcibilità del danno morale —; oppure come tasselli sparsi di ricostruzioni dottrinali, ora tutte da inventare, alternative al dominio assoluto della responsabilità per colpa.

3.1. *Uno sguardo al tardo diritto comune toscano.*

Non molto migliore appare la situazione degli studi giuridici, e l'attenzione dedicata al nostro tema, nelle zone che erano rimaste sottratte alla codificazione: i giureconsulti toscani, se ci risparmiano la piatta e impotente declamazione degli articoli 1382 e seguenti del *Code civil*, spesso non offrono in tema di responsabilità extracontrattuale molto più di una sconnessa esposizione delle Pandette, accompagnata da un commentario 'esegetico' del *motu proprio* di Ferdinando III sul danno dato⁽⁵³⁾. E, certo, non di più ci si può aspettare, ripensando a qualche impietoso giudizio sul « proverbiale ... aridume degli studi legali in Toscana »⁽⁵⁴⁾ nella prima parte dell'Ottocento.

⁽⁵³⁾ Cfr. T. BRANCHI, *Elementi del diritto civile secondo l'ordine delle istituzioni di Giustiniano con le variazioni indotte dalle Leggi Toscane corredati di note ed osservazioni pratiche ad uso del foro letti nello Studio fiorentino*, Firenze, Bencini, 1852, vol. III, pp. 325 e ss.; Sul *motu proprio* del 23 agosto 1794, cfr. soprattutto però G. FIERLI, *Del danno dato*, Firenze, Bonducciana, 1805, pp. 21 e ss..

⁽⁵⁴⁾ Così L. GALEOTTI, *Discorso intorno agli scritti editi ed inediti di Francesco Forti*, in F. FORTI, *Opere editate ed inedite*, vol. III, *Trattati inediti di giurisprudenza*, Firenze, Cammelli, 1864, p. X: « ...dal 1816 in poi gli studi legali nella Università di Pisa erano

È altrettanto noto però che proprio in Toscana spiccavano — e non solo per contrasto con la opacità del contesto — alcune figure relevantissime di giuristi, tali da far considerare alla vigilia dell'unificazione la scienza giuridica del tardo diritto comune toscano come tra le più avanzate della penisola. È qui sufficiente richiamare due soli nomi: Francesco Forti — le cui incompiute Istituzioni civili non toccano purtroppo il nostro argomento ⁽⁵⁵⁾ — e Federigo Del Rosso. Alla ponderosa opera di quest'ultimo, *Saggio di diritto romano attuale*, in cui si dedica uno spazio non irrilevante alle obbligazioni aventi la loro fonte nel fatto illecito, giova prestare un po' di attenzione per segnalarne alcune caratteristiche generali, ben presenti anche in relazione al nostro tema: la solida ricostruzione sistematica e la conoscenza non provinciale della letteratura di cui son ricche le Note affiancate al testo. Interamente composte da uno dei due editori pisani del *Saggio*, Luigi Becagli — un pratico che maneggia con disinvoltura le fonti del diritto comune con l'ausilio della più recente letteratura tedesca, da Savigny, ad Hasse, a Löhr ⁽⁵⁶⁾ —, le Note costituiscono quasi un'opera nell'opera, uno

tenuti e voluti nelle misere e vane proporzioni di ciò che a mala pena era necessario per il guadagno di un tozzo di pane (...). A tanto difetto volle, per verità, provvedere nei nostri tempi il Del Rosso, accoppiando insieme nel suo metodo d'insegnare la parte razionale e la positiva del diritto». Sulla situazione degli studi giuridici in Toscana nell'Ottocento si cfr. P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana — 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986; e i cenni presenti in P. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, II, *Fonti: legislazione e scienza giuridica dal secolo decimosesto ai giorni nostri*, Milano, Hoepli, 1923, pp. 319 e ss..

⁽⁵⁵⁾ Si tratta, com'è ovvio, dell'opera *Libri due delle Istituzioni civili adattate all'uso del Foro* (Firenze, Vieusseux, 1840/1841).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale preceduto da introduzioni di diritto naturale e seguito da note perpetue di gius romano*, Pisa, Pieraccioni, vol. III, 1844; mentre le note di Luigi Becagli corrispondenti alla parte in questione sono nel vol. VII. Lo studio di Löhr e, soprattutto, quello di Hasse [le opere in questione sono: E. von LÖHR, *Theorie der culpa*, Gießen, 1806/1808; J.C. HASSE, *Die Culpa des Römischen Rechts*, Kiel, 1815 — qui si utilizza la ristampa (Aalen, Scientia Verlag, 1963) della seconda edizione del 1838] rappresentavano in quel momento la riflessione più attenta dedicata dalla Pandettistica alla nostra tematica; a riprova della singolarità della riflessione dei nostri giuristi dell'Università pisana, è sufficiente pensare che un'ampia conoscenza dell'opera di Hasse nel dibattito italiano si avrà solo molti anni dopo, a partire dagli anni Ottanta, grazie soprattutto agli scritti di Contardo Ferrini. Fu lo stesso Del Rosso a tenere al carattere appartato dei suoi scritti, intendendoli

strumento prezioso, non solo per la comprensione del testo di Del Rosso, ma anche per l'esatta configurazione delle tematiche, per la loro collocazione nei dibattiti più vivaci del periodo.

L'alta consapevolezza metodologica e la ricerca della ricostruzione sistematica, ispirate alle pagine di Savigny⁽⁵⁷⁾, spingono — pregio raro nel contesto culturale della penisola — all'assunzione dei temi aquiliani a nucleo problematico di primissimo piano, a modello teorico per la verifica del metodo sistematico⁽⁵⁸⁾. I risultati dell'analisi sono, giova precisarlo subito, convergenti nelle convinzioni di fondo con quelli degli interpreti più accorti del dettato codicistico: il tardo diritto comune toscano finisce così con l'offerirci nella ricostruzione di Del Rosso un modello culturale che è sostanzialmente affine, sia nelle sue certezze che nelle sue contraddizioni, a quello del *Code civil*.

Tre sono i motivi dominanti nell'analisi: l'assolutezza del principio del *neminem laedere*; la centralità della tutela proprietaria; l'assunzione della colpa a principio unico e generale di imputabilità. Aspetti che sono saldati assieme, spesso in modo contraddittorio, in una ricostruzione in bilico tra rispetto formale delle fonti giustiniane e fissazione di impronta giusnaturalistica di un principio ampio ed unitario di responsabilità.

La condizione necessaria affinché possa sussistere la proprietà, e

soprattutto come indirizzati ai suoi allievi, come « consigli (...) di un padre ai suoi figli »: « ...io scrivo per i miei; parlo con quelli che miei veramente sono per posizione, per consuetudine, per affetto; scrivo per servire ai loro bisogni e non per inclinazione che abbia a produrmi in pubblico; ed uso della stampa, come del mezzo più comodo perché i miei *schiarimenti circolino privatamente* tra quelli ai quali sono destinati: il Pubblico, lo rispetto e lo temo, ma non ho mai inteso di avere con lui la pericolosa comunicazione di autore » (F. DEL ROSSO, *Alcuni cenni sulla logica del diritto privato*, editi con nuova ristampa e note da Francesco Buonamici, Pisa, Citi, 1866, p. 3).

⁽⁵⁷⁾ Cfr. [L. BECAGLI, Note a] DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol VII, p. 38: « In ogni ricerca conviene seguire questo procedimento, risalendo dagli elementi del rapporto giuridico alle istituzioni del gius, ed alle massime che vi si riferiscono, e raccogliendo tutti questi elementi, tutti questi rapporti, tutte queste istituzioni sotto il punto di vista sistematico, che contiene il principio sommo regolatore della soluzione vera di tutta la questione ». Cfr. anche F. DEL ROSSO, *Alcuni cenni sulla logica del diritto privato*, cit..

⁽⁵⁸⁾ Cfr. [L. BECAGLI, Note a] DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol VII, p. 34.

con essa la convivenza sociale, è nel dovere di non offendere nessuno, di non alterare la sicurezza dell'equilibrio proprietario: « il diritto di non essere offesi nell'individuo e nei beni » è il « primo diritto che la Natura e le Leggi assicurano agli uomini riuniti » (59). La proprietà « non è fruttuosa », « non può esistere senza sicurezza »: nella « aspettativa indubitata », nella « opinione di sicurezza » è « la sostanza e il frutto del diritto di proprietà » (60). La sicurezza, bisogno della proprietà e della società, impone il precetto del *neminem laedere*: dovere morale, giuridico e sociale, che non conosce, nella sua assolutezza, limitazioni. Una tutela delle persone e dei beni che appare ampia e comprensiva, ma che si irradia, in realtà, dal solo diritto di proprietà, collocando le 'offese' all'individuo *sub specie* di quelle ai beni: « le nostre membra non sono che altrettanti mezzi materiali e cose di nostra proprietà » (61).

Dall'obbligazione legale di non offendere scaturiscono l'obbligo a desistere dall'offesa, « obbligo consistente nel prestare un servizio di reintegrazione », e, qualora la reintegrazione non sia possibile, quello dell'indennizzazione: alla violazione del « servizio necessario e primitivo » del non offendere si lega necessariamente « il servizio secondario » del riparare l'offesa con la reintegrazione o colla indennizzazione (62). La proprietà danneggiata deve ricevere sempre una riparazione, se non si vuole eliminare il frutto più prezioso di cui gode il proprietario, la sicurezza, la certezza, l'aspettativa indubitata del godimento dei suoi beni.

Unico fondamento dell'azione di indennizzo appare, dunque, la

(59) F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol III, pp. 33/34.

(60) *Ibidem*, pp. 6/7.

(61) [L. BECAGLI, Note a] DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol VII, p. 111. Anche la logica nel diritto deve essere utilizzata considerando tale centralità assoluta del momento proprietario: la logica « si contiene nei suoi veri confini quando stanno convinti i Giureconsulti di questa verità; che le leggi civili private non debbono mutarsi in quanto che servono unicamente alla proprietà, questa ai bisogni, ed i bisogni non cambiano; che solamente è necessario che esse inclinino coll'applicazione verso le modificazioni dei bisogni; che l'azione del bisogno è fortissima ed opera senza ministero di forza pubblica ed esteriore modificando con gli usi e le spiegazioni le Leggi, e le altre istituzioni umane » (F. DEL ROSSO, *Alcuni cenni sulla logica del diritto civile privato*, cit., pp. 26/27).

(62) F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol III, p. 35. Sul rapporto tra reintegrazione e risarcimento cfr. più ampiamente *infra* capitolo VI.2.

sola lesione della sicurezza del proprietario: nessun filtro si frappone tra la violazione dell'ordine proprietario e la sua tutela, fra il danno e la riparazione. Ma l'irradiazione del principio del *neminem laedere* sul piano delle obbligazioni è solo in un primo momento così generale e assoluto ⁽⁶³⁾: l'analisi più dettagliata delle obbligazioni aventi origine nel « malefatto » ⁽⁶⁴⁾, abbandona infatti il terreno del diritto naturale e si muove con maggior cura in quello delle fattispecie romanistiche, facendo assumere all'indennizzo delle connotazioni autonome rispetto alla reintegrazione.

L'obbligo per il danneggiante di risarcire il danno arrecato viene così a specificarsi in relazione all'esercizio del diritto e ad elementi di carattere soggettivo: si ha offesa con l'ingiuria, e « *ingiuria è azione contro il diritto di chi la soffre operata senza diritto di colui che la fa* »; l'offesa deriva quindi da un fatto che è positivo (« al non agire l'uomo ha sempre diritto ») e operato senza diritto (perché *qui iure suo utitur neminem laedit*) ⁽⁶⁵⁾; occorre inoltre ci sia la capacità di recare ingiuria, che ci sia cioè l'imputabilità dell'autore del fatto dannoso ⁽⁶⁶⁾; e infine, affinché l'ingiuria realmente si converta in offesa, un danno materialmente estimabile ⁽⁶⁷⁾.

Con tali requisiti il conflitto tra i due beni essenziali della sicurezza e della libertà non si risolve con la distruzione della seconda, come sarebbe stato nel caso in cui nessun filtro si fosse frapposto tra il danno e la sua riparazione. La libertà deve infatti

⁽⁶³⁾ Cfr. in proposito anche il breve cenno alla riparazione del danno extracontrattuale contenuto in F. FORTI, *Trattato dei danni e interessi*, in *Trattati inediti di giurisprudenza*, cit., pp. 599 e ss. ove, richiamando Grozio, si enuncia il principio generale « di naturale e civile giustizia » per cui chi reca danno è tenuto alla riparazione.

⁽⁶⁴⁾ F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol III, p. 18. Il termine « maleficium » viene sostituito, in nota, da quello più comprensivo di « fatto illecito »: « tanto la colpa quanto il dolo nella loro esteriore imputazione debbono andare alla pari » ([L. BECAGLI, Note a] DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol VII, p. 44).

⁽⁶⁵⁾ Cfr. F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol III, pp. 36 e ss..

⁽⁶⁶⁾ Cfr. *ibidem*, p. 43. E si potrà divenire « debitore delle azioni altrui per elezione — per mala direzione — per mala custodia » (p. 44).

⁽⁶⁷⁾ Cfr. F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol III, p. 60. Ma cfr. anche p. 81: ove si riconosce, per il danno arrecato dolosamente, « il prezzo del dolore », « questa specie di pena ».

subire dei sacrifici solo parziali, solo quelli indispensabili alla tutela della sicurezza: l'indennizzazione non potrà dunque ricoprire un territorio vasto quanto quello di tutti i danneggiamenti, altrimenti troppo alto sarebbe il sacrificio della libertà, troppo estesi sarebbero i limiti posti all'azione dei singoli. Non resta al giurista che mettere a punto gli spazi di non risarcibilità, spazi indispensabili, perché si rivelano come zone di tutela della libertà dei singoli contro i limiti imposti dall'altrui sicurezza.

Primo spazio di libertà è naturalmente quello che si ha nell'esercizio del diritto: non può per definizione contrastare la sicurezza, ma solo incrementarla, chi esercita un suo diritto; l'uso del diritto non può che contribuire all'armonica coesistenza dell'insieme. Nel caso in cui « la libertà dell'uno nel suo esercizio viola, o diminuisce la sicurezza dell'altro », non si avrà che un conflitto apparente tra diritti, perché la libertà « cessa di essere civilmente libera » nel momento stesso in cui « *offende* la sicurezza altrui » (68). La libertà nell'uso del diritto resta così incongruamente assoluta pur di fronte alla sua limitazione che, se nega nei fatti la sua assolutezza, non la nega giuridicamente, perché il superamento del limite fa scomparire il diritto: « ognuno può fare ciò che gli piace purché altri non ne risenta ingiuria, o danno dalla sua azione » (69).

L'assolutezza del *neminem laedere* si concilia così con la libertà: il risarcimento non segue necessariamente il danneggiamento, ma accompagna le sole azioni fuori dall'ordine proprietario; darà luogo a risarcimento non ogni alterazione dell'equilibrio preesistente, ma solo quell'alterazione della sicurezza costituente una libertà giuridicamente non vera. Il meccanismo della responsabilità costituisce, da questo punto di vista, la lente che permette di individuare il 'vizio' della libertà che dà luogo ad un'offesa giuridicamente rilevante. E la direzione verso cui puntare la lente non può essere a questo punto che l'azione dell'autore dell'offesa, l'analisi di quel « modo di operare » che ha reso l'uomo « debitore d'ingiuria »: « l'Uomo può rendersi debitore di ingiuria, o colla negligenza o colla mala volontà. Per colpa, o per dolo, facendo cosa o che per se stessa era fuori dei suoi diritti originariamente, o poteva esserlo per le sue conseguenze

(68) F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol III, p. 45.

(69) *Ivi*.

sugli altri » (70). A trasformare il semplice autore del danno in offensore c'è, discrimine labile tra responsabilità e fatalità, una colpa, anche lievissima, nelle modalità della sua azione: difetto di preparazione nell'uso della libertà, « incapacità di *prevedere* e *provvedere* tutto ciò che bisogna nell'azione che si va ad intraprendere » (71).

Individuato un principio ampio per la valutazione delle modalità dell'azione, si deve necessariamente far esulare dal campo della responsabilità tutto quanto fuoriesce dalla sfera della libertà e dal criterio prescelto per la sua valutazione, quello della umana prudenza: « scusa il caso perché la umana prudenza non lo può prevedere » (72). Di fronte al caso il meccanismo di riequilibrio giuridico dell'ordine e della sicurezza è impotente, perché si sottrae al suo criterio di valutazione, in quanto imponderabile in base alle modalità dell'azione, in quanto sormonta la libertà dei singoli.

L'analisi di Del Rosso non manca poi di indirizzarsi verso singole figure tipiche di fatto illecito, ma quello che ci importa sottolineare è che la formulazione e la giustificazione autonoma di una figura generale di responsabilità extracontrattuale sono già ben individuate solo tratteggiando i caratteri di un'azione generale per il risarcimento del danno. Siamo di fronte a un'espressione matura e consapevole di quell'intreccio teorico posto a monte della statuizione generale dell'articolo 1382: si tende, pur in un contesto che proclama la sua fedeltà alle figure romanistiche, all'individuazione di un principio autonomo e generale di responsabilità da fatto illecito che si sovrappone alle varie figure tipiche (73). A spingere l'analisi in tale direzione non è in questo caso solo il peso dell'eredità giusnaturalistica, ma anche la buona conoscenza della scelta per la sem-

(70) *Ibidem*, p. 47.

(71) [L. BECAGLI, Note a] DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol VII, p. 111: « Il tempo, il luogo, l'uso speciali dei mezzi che adopra, le forze del suo spirito e delle sue membra, tutte le circostanze che accompagnano l'azione, devono formare elemento di quei calcoli di quelle prevenienze e di questi provvedimenti. Ove manchi ad uno di questi fra i suoi doveri, l'azione dannosa che viene dal fatto suo è imputata a sua *colpa* ».

(72) F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol III, p. 103.

(73) Cfr. G. ROTONDI, *Dalla « Lex Aquilia » all'articolo 1151 cod. civ.*, cit., pp. 239 e ss.; G.P. MASSETTO, *Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, (pp. 1099-1186), pp. 1159 e ss..

plicità operata dal legislatore napoleonico e delle pagine, soprattutto quelle di Toullier, dei commentatori del *Code civil*.

L'analisi dei nostri giuristi toscani converge con quella degli autori francesi anche nell'indicazione dei modelli negativi da condannare perché estranei alla centralità del principio della colpa. La colpa, quale difetto nella sorveglianza e nella custodia, è il presupposto indispensabile anche della responsabilità per fatto altrui e per i danni arrecati dalle cose in custodia: al di là della colpa non esiste la possibilità di configurare alcuna responsabilità; senza una colpa, sia pure lievissima, non può esservi imputabilità; nessuno può, senza una sua colpa, essere tenuto a risarcire un danno arrecato da altri. Abbandonare questi assiomi significa errare, 'tradire' l'unico vero principio di responsabilità. Le « male applicazioni » da respingere, scrive l'annotatore di Del Rosso, « avvenute o per ignoranza o per talento, o per spirito di sovvertire le cose antiche », sono riscontrabili soprattutto « nei tempi barbari dell'età di mezzo », ma non sono assenti anche « nei giorni della civiltà » (74). Affermazioni che risentono della durissima critica avanzata da Toullier nei confronti delle normative 'barbariche' in contrasto con la regola fondamentale della imputabilità del solo fatto colposo stabilita dalla disciplina romanistica e dal Codice (75). Il riferimento alle erronee applicazioni del principio 'nei giorni della civiltà' è una condanna, condotta sempre sulla scorta di Toullier, alla legge del 10 vendemmiale dell'anno IV (2 ottobre 1795) che prevedeva che tutti i cittadini del Comune erano garanti civilmente « des attentas commis sur le territoire de la commune, soit envers les personnes soit contre les propriétés » (76).

(74) [L.BECAGLI, Note a] DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol VII, p. 140.

(75) Cfr. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie a la pratique*, VI, Bruxelles, Wahlen, 1838, nn. 230 e ss. (pp. 99 e ss.): « Les législateur romains ont donc toujours respecté la règle fondamentale d'imputation, qui ne permet pas d'imputer à personne le fait ou la faute d'autrui. On ne la truve violée que par les despotes et les tyrans, chez les peuples encore barbares, où le flambeau de la raison est resté entouré de ténèbres, et chez ceux encore où le fanatisme, l'anarchie, l'esprit de parti, l'ont couvert d'un voile qui ne permet plus de l'apercevoir, si ce n'est à un petit nombre de sages sans influence » (n. 236; p.100/101).

(76) Cfr. TOULLIER, *Le droit civil français*, cit., VI, nn. 238 e ss. (pp. 101 e ss.). Una

A dire di Toullier si trattava di una disposizione odiosa, barbara, tirannica e intimamente contrastante con gli unici principi di responsabilità, quelli fissati dal diritto comune e dal Codice ⁽⁷⁷⁾. L'annotatore di Del Rosso condivide la condanna, ma appare al tempo stesso compiaciuto: « si può essere contenti — scrive — che tali esempi tocchino più da vicino un paese straniero che noi, fra quali il Diritto Romano si è meglio conservato intatto che altrove » ⁽⁷⁸⁾. Assorto dalla configurazione della corrispondenza tra il modello della responsabilità per colpa del diritto romano e quello tracciato nel *Code civil*, il giurista può assolutizzare la storia di una sola variante della responsabilità e dimenticare che, in realtà, anche in Toscana erano state vigenti sino al 1776 — anno in cui Pietro Leopoldo aveva stabilito che non si potevano convenire per danni la Comunità, ma solo le persone da cui era stato fatto o derivava il danno ⁽⁷⁹⁾ — norme statutarie che prevedevano, qualora non fosse stato possibile scoprire il vero autore del danno, la possibilità di esercitare l'azione contro la Comunità in cui il danno era avvenuto ⁽⁸⁰⁾. Se la dottrina di diritto comune si era da sempre sforzata di circoscrivere le « odiose » e « inique » disposizioni statutarie contrastanti con la responsabilità dello *jus commune* ⁽⁸¹⁾, ora — facendo leva sulla cristallizzazione della responsabilità per colpa nel

disposizione successiva delimitava, in realtà, tale responsabilità ai soli 'delitti' « commis à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés »: cfr. ampiamente sulla questione A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., II, nn. 1090 e ss. (pp. 338 e ss.).

⁽⁷⁷⁾ Cfr. TOULLIER, *Le droit civil français*, cit., VI, n. 238 (p. 102). Cerca, invece, di giustificare anche questa legge attraverso una presunzione di colpa A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., II, n. 1092 (p. 341).

⁽⁷⁸⁾ [L. BECAGLI, Note a] DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol VII, p. 140.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. *Motu proprio* 11 aprile 1776 di Pietro Leopoldo, in *Bandi e ordini da osservarsi nel Granducato di Toscana*, VII (CXXIII).

⁽⁸⁰⁾ Sulla questione si cfr. G. FIERLI, *Del danno dato*, cit., che non appare molto convinto della bontà di questa decisione: il sistema abolito « sebbene fosse poco giusto, poteva forse giovare per ritenere molti dal far danno, attesa la facilità di poter esser scoperto, giacché ognuno della Comunità, o Villaggio aveva interesse di denunciare il vero Danneggiatore » (p. 40).

⁽⁸¹⁾ Cfr. G. P. MASSETTO, *Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)*, cit., pp. 1113 e ss..

Codice — la dottrina del tardo diritto comune si può associare alla condanna di Toullier, rimuovere ogni traccia di responsabilità senza colpa, lasciare nell'indistinto delle 'barbarie dell'età di mezzo' tutto il passato non configurabile entro la prospettiva fondata sull'analisi dell'elemento soggettivo. Mancanza di memoria che è espressione di un consapevole rifiuto di una, sia pur parziale, alternativa culturale al modello dominante e che contribuisce a conferire al principio generale della responsabilità per colpa connotazioni di assolutezza, di immodificabilità, di intima corrispondenza alle regole della giustizia e della morale.

È la stessa esaltazione del principio che ritroviamo nei commentatori del Codice civile francese e di quello italiano: il principio generale della responsabilità, unica espressione del diritto naturale, unico lascito del diritto romano, viene a stagliarsi in uno spazio di pura logica, uno spazio senza storia, fuori dal tempo: l'apologia ottocentesca del valore morale, giuridico, politico della colpa non accetta incrinature, rifiuta la pensabilità di diverse ipotesi ricostruttive e ritrova nel passato solo riconferme dell'immodificabilità del presente.

3.2. *La voce isolata di Melchiorre Gioia.*

Per trovare una valorizzazione delle tradizioni 'non romanistiche' ed una visione della responsabilità irriducibile a quella del modello culturale dominante occorre far riferimento alle pagine di un 'non giurista', quelle di Melchiorre Gioia⁽⁸²⁾. Più che un reale modello alternativo a quello del *Code civil*, abbiamo intuizioni sparse che costellano una critica serrata al modello romanistico dominante, che affiancano un'analisi immune da pregiudizi nei confronti delle normative statutarie 'barbariche'.

A noi interessa soprattutto quella parte del discorso di Gioia che giunge ai giuristi e pertanto possiamo permetterci il lusso di trascurare i nessi fittissimi che legano l'opera in questione al pensiero del

(82) M. GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i tribunali civili* [1821], (preceduto da un Elogio storico dell'Autore di G.D. Romagnosi), Lugano, Ruggia e C., 1833.

personaggio, alla sua 'filosofia statistica' ⁽⁸³⁾, alla sua alta consapevolezza dell'intreccio tra diritto ed economia ⁽⁸⁴⁾, tra statistica ed intervento scientifico dello Stato sulla società civile. Occorre essere ben consapevoli però che la proposta di Gioia nasce e si articola da queste convinzioni, dal suo accostarsi al diritto non con la scorta delle conoscenze pandettistiche, ma per farvi applicazione delle scienze esatte, in primo luogo la statistica ed il calcolo delle probabilità ⁽⁸⁵⁾: « ho adottato — scrive nella prefazione al suo lavoro — copiosa messe di fatti, e discusso le questioni di diritto col metodo che nelle scienze fisiche si costuma » ⁽⁸⁶⁾.

Ai nostri fini è sufficiente segnalare solo due aspetti presenti nell'opera di Gioia: il primo, intimamente contrastante con il fondamento e le funzioni assegnate alla responsabilità civile nel periodo, riguarda la configurazione della società civile come una sorta di società assicurativa che, rispondendo ad esigenze di giustizia distributiva, tutela il singolo consociato ingiustamente danneggiato; il secondo, più facilmente inquadrabile entro lo spirito borghese del modello di responsabilità dominante, tende a monetizzare ogni 'perturbazione dell'animo', a « ridurre a calcolo i sentimenti morali » ⁽⁸⁷⁾, a valutare ogni bene non patrimoniale, in un ottica di risarcimento millimetrico del danno nella sua globalità.

⁽⁸³⁾ Cfr. M. PASINI, *La filosofia della statistica di Melchiorre Gioia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, 1975, (pp. 473-532). Qualche cenno anche in F. SOFIA, *Una scienza per l'amministrazione. Statistica e pubblici apparati tra età rivoluzionaria e restaurazione*, Roma, Carucci, 1988, pp. 313 e ss..

⁽⁸⁴⁾ Insiste sul punto M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 116 e ss.; 194 e ss..

⁽⁸⁵⁾ Non è un caso che la visione 'eretica' della responsabilità si trovi nelle pagine di un cultore della statistica; scienza volta a superare la visione individuale, isolata, del fatto e destinata a contribuire in modo determinante nei dibattiti tra Otto e Novecento allo smantellamento della centralità della responsabilità fondata sull'analisi delle relazioni individuali e delle colpe dei singoli: « Non il piccolo numero, ma l'esattezza cercar si deve nei fatti; quanto più questi saranno esatti e numerosi, tanti maggiori progressi farà la scienza »; « Quand'anche si voglia esser sobrio nei risultati è prudenza largheggiare nelle indagini, giacché la verità di rado traluce da un fatto solo; dal confronto di tanti fatti si ottiene finalmente un risultato semplice e luminoso ». Le due citazioni di Gioia son tratte da M. PASINI, *La filosofia della statistica di Melchiorre Gioia*, cit., p. 507.

⁽⁸⁶⁾ M. GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento*, cit., p. XXXI.

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*, p. XXI.

L'analisi di Gioia si fonda su 'fatti' che, stando all'etica dei commentatori del Codice, erano da dimenticare e da condannare; 'fatti' che capovolgono le prospettive e conducono lontano dal modello di responsabilità dominante nella prima metà dell'Ottocento. Per rendersene conto è sufficiente rileggere le accennate critiche di Toullier alla odiosa e barbara responsabilità collettiva del Comune, a quella normativa cioè che costituisce la fonte privilegiata dal Nostro; oppure guardare alla netta presa di distanza dalle pagine di Gioia, ingegnose ma teoricamente errate, operata da chi gli rimprovera « di rinnovare una barbarie dottrinale », di farsi portatore di quel « pericolo » consistente nel seguire « le scuole germaniche nelle cose del diritto » (88). Il testo di Gioia — puntualizzavano i commentatori che si posero il problema di una sua utilizzazione nella lettura della sezione del Codice sui delitti e quasi delitti — si occupa della sola ingiuria dolosa, trascura del tutto i quasi delitti, fonda ogni argomentazione « su le leggi e gli statuti barbarici, o di origine barbarica », pone « a base dei teoremi relativi al soddisfacimento ed alla stima dei danni il *guidrigildo germanico* »: racchiude in ciò una serie di vizi, di errori; primo fra tutti, « errore capitale », l'aver considerato il risarcimento del danno una sanzione e non invece « una disposizione intesa a reintegrare nel suo valore il patrimonio che patì detrimento » (89).

In realtà, a rendere eretica l'opera non sono gli errori di costruzione, ma l'estraneità culturale dalle teoriche dominanti: la provocatorietà nel contrapporre le 'ragioni' delle leggi dei popoli barbari ai 'torti' delle leggi dei 'popoli inciviliti'; la ricostruzione che si affida, spesso ingenuamente, al metodo matematico, a quello delle scienze fisiche e non alla tradizione romanistica; la mancanza di riverenza nei confronti del testo del Codice. La voce di Gioia indicava ai giuristi quel passato che essi intendevano dimenticare, assorbire nello scintillante modello tracciato dal Codice; era inoltre un ricordare pericoloso, perché Gioia non intendeva solo riesumare un passato senza vita, ma indicarlo come modello, come esempio scientifico-matematico più razionale di quello del Codice. È per

(88) G. VIGNALI-G. SCALAMANDRÈ, *Commentario al Codice civile italiano*, IV, Napoli, Corrado, 1882, p. 629.

(89) *Ibidem*, pp. 628-629.

questo che tale lettura 'germanica' e 'barbarica' era destinata a rimanere isolata.

Soprattutto in due punti « i moderni hanno torto a fronte degli antichi »⁽⁹⁰⁾ e i Codici moderni sono inferiori alle leggi barbariche: nell'incertezza che accompagna la risarcibilità del danno, nel legare il soddisfacimento dell'offeso alle sole 'fortune' dell'offensore; nella incapacità di valutare patrimonialmente la 'perdita della quiete', i turbamenti dell'animo. Gioia intende porre riparo a questi difetti del Codice, ma la sua analisi si spinge in àmbiti del tutto estranei al modello del Codice: l'assunto di partenza può ben essere posto nei due princìpi del « senso comune » fissati negli articoli 1382 e 1383 del *Code civil*, ma essi devono essere inseriti in un contesto che realizzi con sicurezza il risarcimento, che lo sottragga ad ogni arbitrarietà individuale. La riparazione del danno è infatti la base primaria della sicurezza pubblica, non può pertanto rimanere aleatoria, legata alle vicissitudini soggettive dell'offensore e ai capricci del caso. Il soddisfacimento, il « ristabilire le cose nello stato in cui si trovavano pria del delitto »⁽⁹¹⁾, è essenziale alla sopravvivenza della tranquillità, al perpetuarsi del contratto sociale, alla conservazione del dominio della legge nelle relazioni tra i singoli: il principio per cui « qualunque fatto dell'uomo che arreca danno agli altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno » ha un significato solo se visto nel suo aspetto sociale, solo se la società impedisce che si realizzi l'instabilità, l'incertezza legata a un danno non riparato. Del resto, a dire di Gioia, il contratto sociale è configurabile come un contratto di assicurazione; e la compagnia di assicurazione non può sottrarsi al suo compito, rifiutare quel bene di cui si fa venditrice, la tranquillità, la sicurezza: « la società è una *compagnia d'assicurazione*, la quale in cambio dei servigi che ciascuno le rende, garantisce a ciascuno l'integrità del suo patrimonio »⁽⁹²⁾.

Compito primario della società-compagnia d'assicurazione è quello di eliminare il rischio dei singoli, di far scomparire l'instabilità, di garantire sempre « la certezza del soddisfacimento »; una

⁽⁹⁰⁾ M. GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento*, cit., p. 148.

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*, p. 125.

⁽⁹²⁾ *Ibidem*, p. 126.

certezza che, come nel contratto d'assicurazione, può essere ottenuta facendo assumere il rischio alla società, distribuendo il suo peso tra tutti: « *Allorché l'offensore non può pagare, la comunità ossia il pubblico tesoro deve pagare per esso*. Si può paragonare la società ad una caserma di soldati, nella quale i valori de' guasti si distribuiscono sulla *massa*, allorché restano ignoti quelli che li commisero, o non possono pagarli » (93).

Tale principio non è l'invenzione di una teoria astratta (94), ma ha radici profonde nella storia: « si trova in tutti gli Statuti italiani, allorché trattasi di guasti dati alle case, alle officine, alle campagne » (95). Il fondamento di tali disposizioni va individuato in due ordini di ragioni: la distribuzione sociale del danno su tutti lo rende « nullo per tutti, mentre sarebbe gravosissimo, se a carico dell'offeso soltanto restasse »; cadendo il danno su tutti, tutti hanno interesse ad impedirlo (96). È negli Statuti che si può dunque trovare una traccia del modello proposto della società-compagnia d'assicurazione, che 'annienta' il danno e offre certezza e quiete ai singoli: come le compagnie d'assicurazione acquistano e vendono tranquillità, eliminano il gioco del caso, così la società deve essere configurata come « un magazzino di quiete » (97).

Ci si sposta, come è evidente, su di un terreno che è del tutto diverso da quello del Codice: si spezza il rigore morale del modello della responsabilità per colpa e il rifiuto aprioristico di ogni responsabilità non fondata su valutazioni soggettive. Se il bene essenziale da tutelare è la certezza e se è sempre necessario ristabilire l'ordine proprietario, è giusto che tutti sottostiano al « prezzo della quiete »,

(93) *Ibidem*, p. 130.

(94) Da questo punto di vista, Gioia critica Bentham che aveva avanzato la proposta astrattamente, senza tener conto degli esempi storici già esistenti (cfr. lo scritto di Bentham nella sua traduzione francese, *Traité de législation civile et pénale*, in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, I, Bruxelles, 1840³, pp. 155 e ss.).

(95) M. GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento*, cit., pp. 130 e ss.. Per una analisi della responsabilità in questione è sufficiente rinviare a G. P. MASSETTO, *Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)*, cit.; e P. S. LEICHT, *Ricerche sulla responsabilità del comune in caso di danno* (1904), in *Id*, *Scritti vari di storia del diritto italiano*, I, Milano, Giuffrè, 1943, (pp. 7-39).

(96) M. GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento*, cit., pp. 130-131.

(97) *Ibidem*, p. 209.

è giusto che il danno che non può essere risarcito si annulli dividendosi fra tutti. L'aver assunto l'assicurazione a modello impedisce, per altro verso, che la certezza del risarcimento produca un sacrificio della libertà del singolo e risolve senza compromessi lo scontro tra sicurezza e libertà: la certezza del risarcimento non impone l'immobilità al soggetto attivo (il potenziale danneggiante), non lo costringe ad una restrizione delle sue attività o a quelle cautele pedantesche cui dovrebbe sottoporre il suo comportamento se il risarcimento di tutti i danni fosse stato ottenuto addossando a lui solo il peso dei danni da lui comunque causati. Nell'universo dell'assicurazione Gioia può intravedere la conciliazione delle antitesi: socializzazione e individualismo, sicurezza e libertà possono convivere insieme.

Alla certezza del risarcimento si aggiunge poi nelle pagine di Gioia l'esigenza di una certezza ulteriore, quella della esatta quantificazione del danno. Anch'essa non deve essere in alcun modo arbitraria, deve perciò considerare il danno prodotto dalla violazione dell'ordine nella sua globalità, deve guardare a tutte le alterazioni prodotte, a quelle visibili e a quelle invisibili, a quelle patrimoniali e a quelle morali. Anche in questo caso l'esempio storico da imitare è al di là del *Code civil*, nelle leggi barbariche: « nella determinazione del soddisfacimento i codici moderni prendono per base le sole alterazioni sensibili successe alle cose, mentre i codici barbari alle alterazioni visibili delle cose uniscono le alterazioni invisibili dell'animo; perciò i primi si contentano che il valore da restituire sia uguale al valore distrutto, i secondi al contrario lo vogliono molto maggiore » (98). E ancora: « Se vi è stato rubato un asino, le leggi de' popoli inciviliti vi fanno indennizzare anche a prezzo d'affezione; se vi è stata rubata la quiete, le leggi tacciono (...) e più tribunali richiederebbero se la quiete ha un valore. All'opposto le leggi de' popoli barbari vollero soddisfacimenti proporzionati anche alle alterazioni dell'animo » (99).

Gioia intende applicare il modello delle scienze esatte al diritto, costruire una matematica dei sentimenti, delle affezioni dell'animo, non può dunque che contrapporsi al 'materialismo' del Codice, alla visione « incerta, oscura, confusa » del danno dei commentatori che

(98) *Ibidem*, p. 148.

(99) *Ibidem*, p. XXVI.

lo restringono al solo « oggetto materiale diminuito o distrutto, e non veggono danno ove non possono applicare il compasso, la squadra o il trabucco » (100). La certezza riguardo al soddisfacimento esige che il danno, sia considerato in tutta la sua ampiezza, « riducendo a calcolo » anche i suoi aspetti morali, ristabilendo la quiete della situazione preesistente nel suo esatto valore: lungo questa strada la critica della visione patrimoniale del Codice non può che raggiungere un'esasperata pecuniarizzazione di ogni aspetto del reale, una ossessiva, quanto impossibile, precisa contabilità del dolore e dei sentimenti.

Nei dibattiti giuridici degli anni successivi del testo di Gioia verrà ricordata e utilizzata soltanto l'invettiva contro la irrisarcibilità dei danni non patrimoniali, spesso purificata dal riferimento alle leggi barbariche. La contabilità dei sentimenti potrà così entrare a riempire la formula dell'articolo 1151, a caratterizzare la parola 'danno', lasciata nell'indistinto dal legislatore, anche in riferimento al danno morale (101). Le pagine di Gioia attinenti al primo aspetto su cui ci siamo soffermati rimasero, invece, isolate a 'profetizzare' un'immagine del soddisfacimento che avrebbe trovato credito solo con l'incrinarsi del predominio assoluto dell'etica della responsabilità individuale per colpa e con l'affermarsi di quei modelli di

(100) *Ibidem*, p. XXIX.

(101) Si cfr. ad esempio gli innumerevoli richiami a tale aspetto dell'opera di Gioia presenti in [L. BECAGLI, Note a] DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, cit., vol VII, pp. 58 e 117; L. BORSARI, *Commentario del Codice Civile italiano*, III, 2, p. 338; per quanto attiene alle utilizzazioni di Giorgio Giorgi e Cesareo Consolo, cfr. *infra* Cap. VIII.4.. L'opera di Gioia è diffusa anche tra i commentatori dell'ABGB: si cfr. A. REALE, *Istituzioni del diritto civile austriaco con le differenze tra questo e il diritto civile francese*, Pavia, Bizzoni, vol. III, 1832, p. 433. Frequenti richiami, per lo più critici a quest'aspetto dell'opera di Gioia possono leggersi anche in A. ROSMINI, *Filosofia di diritto*, in *Opere edite ed inedite di Antonio Rosmini-Serbati*, XXXVII, Padova, Cedam, 1968 (si cfr. p. 684; 698; 702; 707): « ...in un trattato delle ingiurie e de' danni non debbonsi già calcolare tutte quelle circostanze, la cui gradazione è infinita, che dalle disordinate affezioni del cuore umano provengono; mentre se l'offeso viene a sentire per questo maggior dolore, egli non accresce con ciò il suo diritto e deve imputarlo a se stesso »; il non considerar ciò è per Rosmini l'errore di Gioia: « le pretese *basi di stima* proposte da quest'autore, oltre essere molte volte contraddittorie fra loro, spessissimo non hanno solidità, perché tolte dagli accidenti della natura umana, e non dalle sue leggi costanti e universali » (p. 702).

distribuzione sociale del danno insiti nei sistemi assicurativi, cui si richiamava il Nostro; modelli destinati a caratterizzare — dopo la svolta impressa nel 1898 dall'approvazione della legge sull'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro — i nuovi àmbiti di responsabilità che cominciarono ad affermarsi nel declino della centralità indiscussa della responsabilità per colpa.

3.3. *L'ambiguo modello dell'ABGB.*

Il modello della responsabilità extracontrattuale proposto nel Codice civile generale austriaco del 1811 ha il vantaggio della compiutezza: i paragrafi 1293 e seguenti del capitolo trentesimo dedicati all'indennizzo e al soddisfacimento sono minuziosi, tendono a risolvere una serie ampia di ipotesi, a segnare una linea completa e dettagliata per l'interprete. Le scelte legislative più minuziose di quelle del *Code civil* raramente però fornirono ai nostri interpreti postunitari un valido modello di riferimento. La prolissità non giovava alla chiarezza delle disposizioni: nell'ABGB le regole sull'indennizzazione del danno aquiliano si intersecavano con quelle del danno contrattuale e le precisazioni del legislatore non sempre sollevavano gli interpreti dai dubbi che assillavano i commentatori delle formule ampie e generali del *Code civil*.

Soprattutto però era difficile richiamarsi all'ABGB perché le sue normative apparivano l'espressione di un disegno ambiguo, potevano essere invocate indifferentemente sia per confermare gli assiomi del Codice Napoleone e per renderli ancora più ferrei, sia per incrinarne la rigidità. Un modello vago che era difficilmente contrapponibile come alternativa alla più lineare costruzione francese e che poté essere utilizzato soltanto con richiami sparsi entro ricostruzioni giuridiche aventi altrove il loro centro teorico.

L'ambiguità dell'ABGB è il frutto di un compromesso tra visione del diritto naturale ed esigenze della vita borghese, del commercio, degli affari; un compromesso ben visibile nelle pagine degli scritti di Franz von Zeiller che del Codice, oltre che il più autorevole commentatore, fu anche legislatore di spicco.

La 'pura' teoria del diritto privato naturale non conosce, secondo Zeiller, vie di mezzo: il risarcimento deve avere la stessa estensione del danno, ricoprirne tutte le ipotesi; ogni alterazione dei

beni, sia volontaria che involontaria, deve essere prontamente riparata, ristorando la proprietà, bene primario da tutelare. Lo stato soggettivo del danneggiante non ha, in quest'ottica, alcun rilievo: « la severa teoria del diritto privato naturale ci autorizza a farci risarcire da chiunque ha leso il nostro diritto, anche senza sua colpa » (102). Ma non si può non riconoscere che una tutela così assoluta della certezza proprietaria contrasterebbe con l'equità, finirebbe per ignorare nel suo rigore quella che è la vita reale, sociale, degli uomini, costringendo la loro attività a difficili o impossibili cautele, limitando entro spazi angusti la libertà, nuocendo al commercio. Il legislatore — Zeiller legislatore — non può farsi promotore di tanto rigore, la sua scelta non può essere quella di far sopportare sempre la perdita al danneggiante, ma deve necessariamente selezionare i danni risarcibili e ridare spazio alla libertà contro la certezza. Il diritto naturale deve comprometersi con il mondo degli affari, il suo rigore deve fare i conti con le esigenze del commercio, con la libertà degli uomini. Al fine di rispondere a tali esigenze, l'estensione dei danni risarcibili non potrà che essere misurata in relazione alla diligenza degli uomini, alle modalità della loro azione: il danno sarà imputabile non semplicemente a colui che danneggia, ma solo a colui che danneggia commettendo qualche errore.

La scelta del paragrafo 1295 — per cui ciascuno ha diritto di esigere dal danneggiante la riparazione del danno dato con colpa — era per Zeiller l'inevitabile vittoria del senso della realtà, l'inevitabile scelta legislativa per il compromesso: « questo estremo rigore [del diritto privato naturale] non può essere sanzionato dal legislatore nella società in cui deve aver luogo una perpetua successione di azioni, e reazioni sociali, di stipulazioni universali, onde viene ad animarsi l'industria. Ciascheduno esser dovrebbe in perpetuo timore di ledere la persona o la proprietà dell'altro, onde non esporsi a

(102) Cfr. F. ZEILLER, *Principj del Codice civile generale austriaco*, Venezia, tip. del Commercio, 1830, 2. ed. italiana, p. 77; cfr. anche F. ZEILLER, *Il diritto privato naturale*, Milano, Silvestri, 1830, (3. ed. italiana), § 176, pp. 214 e ss.. Giova precisare che il nostro cenno ai commentatori dell'ABGB mira soprattutto ad evidenziare quanto fu poi recepito ed utilizzato dalla cultura giuridica postunitaria in Italia: ciò ci ha indotto a privilegiare il riferimento, oltre che ai commentari italiani, alle traduzioni più diffuse di quelli in lingua tedesca.

responsabilità per ogni passo inavveduto; e chi potrebbe avventurarsi in contratti molteplici estesi, e che richiedono quindi un'attenzione ripartita, ove fosse per ogni dove obbligato alla *massima* attenzione? » (103).

L'attenuazione del rigore del diritto naturale in nome delle esigenze del commercio si spinge ancora oltre: il danno risarcibile non richiede solo l'esistenza di una colpa, di una colpa qualsiasi, ma la violazione di quella diligenza normale nella conduzione degli affari. Occorre ancor di più scendere dal cielo del diritto privato naturale a valutare la realtà, a giudicare i cittadini non « secondo un'idea sublime astratta, ma secondo ciò che sono » (104). Lo stesso argomento, che dalla risarcibilità causale dei danni (di diritto naturale) conduce alla responsabilità per colpa, spinge nell'ambito della responsabilità per colpa a condannare la risarcibilità del danno prodotta da colpa lievissima: « questo rigore [l'indennizzazione del danno prodotto dal minimo grado di colpa] non è proporzionato alla vita civile, nella quale il più regolato cittadino nella quantità e complicazione dei suoi affari non può misurare tutte le sue azioni con precisione geometrica e con attenzione non mai interrotta » (105). Il Codice dunque, superando le sottili distinzioni romanistiche sul grado della colpa, non prevede, sia in campo contrattuale che in quello extracontrattuale, altro grado di diligenza oltre la « misura naturale e consona al senso comune » (106); le eccezioni a

(103) F. ZEILLER, *Commentario sul Codice civile universale per tutti gli Stati ereditari tedeschi della monarchia austriaca*, (Prima versione italiana dal tedesco compilata per cura dell'avvocato Giuseppe Carrozzì), Milano, Destefanis, 1816, vol. V, n. 5 del commento al § 1295 (pp. 300/301).

(104) F. ZEILLER, *Commentario sul Codice civile universale*, cit., n. 10 del commento ai §§ 1296/1297/1298 (p. 305).

(105) F. ZEILLER, *Commentario sul Codice civile universale*, cit., n. 11 del commento ai §§ 1296/1297/1298 (p. 306). In tal senso anche G. WINIHWARTER, *Il diritto civile universale austriaco sistematicamente esposto e illustrato*, (2. ed. italiana riveduta sulla seconda dell'originale tedesco; traduzione per cura di Annibale Callegari), Venezia, Antonelli, 1847, al § 1297 (p. 654); Richiama invece la *culpa levissima* J. MATTEI, *I paragrafi del Codice civile austriaco avvicinati alle leggi romane, francesi e sarde*, vol. IV, Venezia, Naratovich, 1854, al § 1295 (p. 765), ma non senza ambiguità (cfr. il commento al § 1297 — p. 769); ambiguo sul punto anche G. BASEVI, *Annotazioni pratiche al Codice civile austriaco*, Milano, Bolchesi, 1855⁶, commento al § 1297 (p. 579).

(106) F. ZEILLER, *Commentario sul Codice civile universale*, n. 16 del commento ai

tale principio, le ipotesi in cui si richiede una speciale perizia, una diligenza non comune (paragrafi 1299 e 1300) costituiscono, in realtà, un « eccezione ... solo *apparente* »⁽¹⁰⁷⁾.

Il compromesso tra il diritto naturale volto al risarcimento di tutti i danni con le esigenze degli affari, del commercio, si traduceva in una resa completa al principio della colpa, tale da eliminare anche il riferimento — largamente usato dai commentatori del *Code civil* per ampliare la tutela della vittima — alla *culpa levissima*. Il « rigore » del diritto naturale è mitigato col richiamo della diligenza dei singoli, dei loro errori, della loro colpa; il rigore della colpa viene ancora limitato invocando « indulgenza » per l'umana fragilità: « da tutti si desidera; tutti devono quindi l'un verso l'altro esercitarla »⁽¹⁰⁸⁾. Il punto fermo in partenza è capovolto in arrivo: dalla centralità del danno e della tutela del diritto leso si passa all'indiscussa centralità del comportamento del danneggiante e all'indulgenza per le sue debolezze. A questo punto l'analisi dei commentatori dell'ABGB può inserirsi senza alcuna anomalia nei dibattiti affrontati dai giuristi francesi e italiani, non presenta più alcuna nota differenziale, alcuna caratterizzazione autonoma dalle voci che disputavano sulla ammissibilità o meno della *culpa levissima* nella responsabilità extracontrattuale, da quelle che fondavano tutta la responsabilità aquiliana sull'unico fondamento della colpa.

In un altro punto, adottata tale visione, era necessario che il diritto naturale scendesse a compromessi con la realtà: riguardo al requisito della capacità. Si tratta anche qui di mitigare con l'equità il severo principio del diritto naturale secondo cui il diritto d'indennizzazione, al pari del diritto di difesa, « è deducibile non dall'obbligo dell'altro di non arrecare danno, ma dal diritto di conservare

§§ 1296/1297/1298 (p. 309). L'implicito accoglimento di un unico grado di diligenza è affiancato però dalla proporzione del risarcimento del danno all'entità della colpa: l'ABGB accordava il pieno risarcimento per i danni cagionati con dolo o colpa lata e la riparazione del solo danno emergente nel caso di colpa lieve (Cfr. §§ 1324; 1325; 1331; 1332). Il ricordo di tali disposizioni influenzò non poco la nostra giurisprudenza postunitaria che insisteva nel proporzionare il risarcimento del danno all'entità della colpa del danneggiante, pur in assenza di esplicite disposizioni di legge che lo permettessero.

⁽¹⁰⁷⁾ F. ZEILLER, *Commentario sul Codice civile universale*, n. 1 al § 1299 (p. 310).

⁽¹⁰⁸⁾ F. ZEILLER, *Commentario sul Codice civile universale*, n. 11 al § 1298 (p. 306).

e sostenere le proprie sostanze ed i propri diritti » (109). Se il diritto del danneggiato è indipendente dall'obbligazione del danneggiante, il diritto di esigere il risarcimento deve sussistere nei confronti di qualsiasi soggetto, anche se incapace, anche se non imputabile. Anche su questo punto il legislatore non può che abbandonare il diritto naturale privato — lo esige la scelta precedente, l'aver collegato la risarcibilità del danno al soggetto attivo, al suo corretto uso della libertà — per scegliere la strada della irreparabilità del danno cagionato senza colpa (§ 1306), quella della imputazione del danno arrecato dagli incapaci e dai fanciulli a chi, per colpa, ha trascurato la cura su tali persone (§ 1309).

L'irrisarcibilità del danno arrecato dall'incapace appare però, partendo dal presupposto giusnaturalista, troppo gravosa per il danneggiato: in questo caso il compromesso del diritto privato naturale con la linearità del sistema della colpa non approda ad una totale rinuncia al punto di partenza. La legge — affermano i commentatori —, nel caso in cui il danno arrecato dall'incapace non possa essere nemmeno indirettamente attribuito ad « una persona fornita dell'uso della ragione », « cerca di conciliare una specie di transazione fra il danneggiante e il danneggiato » (110), affidandosi alla discrezionalità del giudice. È il giudice infatti che, secondo il paragrafo 1310 dell'ABGB, può comunque ordinare, a termini di equità e avuto riguardo alle circostanze, il risarcimento integrale o parziale del danno in alcune particolari ipotesi: quando, 'per avventura', una colpa possa essere comunque riferita al soggetto che ordinariamente non ha l'uso della ragione; quando il danneggiato ha trascurato la sua difesa per risparmiare il danneggiante; e, infine, tenendo conto delle sostanze del danneggiato e del danneggiante. Nel compromesso con la logica della responsabilità per colpa il diritto naturale lascia in questo caso un'impronta ben marcata, affidando la tutela del danneggiato al prudente apprezzamento del giudice.

(109) F. ZEILLER, *Commentario sul Codice civile universale*, n. 1 al § 1306 (p. 321). Cfr. anche F. ZEILLER, *Il diritto privato naturale*, cit., § 179 (p. 217).

(110) G. WINIWARTER, *Il diritto civile universale austriaco sistematicamente esposto*, cit., commento al § 1310, p. 669. Cfr. anche J. MATTEI, *I paragrafi del Codice civile austriaco*, cit., commento al § 1310, p. 784.

Nel periodo postunitario, e soprattutto nelle controversie di fine secolo, il richiamo al paragrafo 1310 svolgerà un ruolo importante nel dibattito civilistico: sarà un'arma in mano a quanti riterranno — contro la tendenza volta a tracciare con meticolosa precisione le linee del giudizio sulla responsabilità — la discrezionalità del giudice uno strumento prezioso ed ineliminabile, l'unica garanzia per un adeguamento continuo dell'istituto civilistico alle esigenze di una società in continua trasformazione.

Anche su un altro aspetto del compromesso raggiunto nel paragrafo 1310 è utile riflettere; quello dell'affidamento al giudice di una valutazione della relazione ricchezza/povertà, preclusa dall'egualitarismo del *Code civil*. « Se una persona facoltosa — esemplificano i commentatori dell'ABGB — avesse in stato di alterazione mentale ucciso l'unica giovenca d'un povero; oppure viceversa se il povero recasse ad un uomo facoltoso un danno rispetto a lui di nessuna importanza, ma rispetto a sé di tanta, che appena potrebbe risarcirlo con tutto quello che possiede; il giudice nel primo caso dovrebbe ammettere la domanda di risarcimento, nel secondo licenziarla in tutto o in parte »⁽¹¹¹⁾. Il danno non è neutrale, perché non incide su patrimoni uguali e non altera allo stesso modo le diverse fortune: l'ingiustizia del danno apparirà più alta se grava sul povero, se gli annienta il suo unico bene; sarà minore se lede un patrimonio relevantissimo, e ingiusto apparirà in questo caso far gravare il peso

⁽¹¹¹⁾ G. WINIWARTER, *Il diritto civile universale austriaco sistematicamente esposto*, cit., commento al § 1310, p. 670; cfr. anche commento al § 1320 per l'applicazione del criterio ricco/povero al risarcimento dei danni cagionati da animali: « Se il padrone del cane rabbioso è benestante, e al contrario povero colui che ne ricevette il morso, deve il primo sostenere le spese di medicatura, ancorché non possa essere convinto d'alcuna colpa; essendo cosa conforme all'equità che il danno venga sopportato da quello, il quale, col tenere il cane, ne fu la rimota cagione, qualora a lui riesca insensibile la perdita che all'altro sarebbe esiziale. Non trovandosi il padrone del cane in istato di sostenere le spese di medicatura, dovrebbero provvedervi per un terzo la comunità e la superiorità fondiaria e per due terzi il tesoro dello Stato; poiché il comun bene esige che i morsicati sieno posti sotto cura, affine di evitare ulteriori pericoli. Parimenti se una bestia utile, per aver ricevuto una morsicatura da un cane rabbioso, viene uccisa, ricco essendo il padrone del cane e misero quello della bestia, la perdita dee sopportarsi dal primo: fuori di questi casi dee sopportarsi dal secondo come un avvenimento fortuito ». Lì dove la particolarità del caso in questione non elimina l'interesse dell'utilizzazione flessibile della normativa in relazione al patrimonio dei soggetti.

del risarcimento sul patrimonio povero. La valutazione ricco/povero altera la fede nella giustizia di qualsiasi dogma assoluto di responsabilità — a seconda dei casi appare ingiusta infatti, sia l'imputazione causale del danno, che quella per colpa —, fa saltare il rigore delle costruzioni simmetriche, mostra la vanità del giudizio fondato sull'uguaglianza formale: la scelta del legislatore austriaco è quella di affidarsi al giudice per far spostare, nella particolare ipotesi del § 1310, l'indifferente peso del 'caso' sul patrimonio di un soggetto o dell'altro.

L'emersione sociale delle disuguaglianze, le critiche nei confronti dello spietato egualitarismo codicistico riproporranno in maniera più ampia tale problema nelle analisi della responsabilità della seconda metà dell'Ottocento. È possibile — ci si chiederà — seguire il teorema della responsabilità per colpa trascurando i diversi interessi, le diversità dei patrimoni? Si può far gravare il giuoco del caso indifferentemente su chi ha e su chi non ha? Può il giurista inserirsi in una visione solo formale della responsabilità, in un gioco logico tra entità astratte e uguali che ignora la capacità di sopportare il danno, la ricchezza e la povertà? E ancora: provvedere alle debolezze economiche dovrà essere solo un compito assistenziale dello Stato oppure anche nel diritto privato non si potrà trascurare l'assunto per cui *richesse obblige?* ⁽¹¹²⁾. Interrogativi che mostrano un orizzonte tematico molto lontano da quello dei redattori dell'A-BGB e che spingono la valutazione ricco/povero ben al di là della piccola nicchia del paragrafo 1310, facendola emergere come uno dei nodi più rilevanti che la scienza giuridica tardo ottocentesca sarà chiamata ad affrontare negli anni della prima crisi delle formule civilistiche della responsabilità di ricomprendere armonicamente tutto le ipotesi, di risolvere i conflitti più laceranti generati dall'emersione delle disuguaglianze sociali.

⁽¹¹²⁾ Su queste tematiche cfr. per tutti J. UNGER, *Handel auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz*, Jena, Fischer, 1893, in particolare a p. 140 da cui abbiamo parafrasato nel testo l'ultimo degli interrogativi.

CAPITOLO SECONDO
LE REGOLE DELL'EQUILIBRIO: *CULPA*.

1. Premessa (l'equilibrio proprietario). — 2. Il rigore del sistema: responsabilità per colpa. — 3. La « catena dei sofismi ». — 4. *Culpa levissima* e fragilità umana.

1. *Premessa (l'equilibrio proprietario)*.

I civilisti hanno affrontato spesso il problema della responsabilità civile come un problema di equilibrio: il danno introduce un'alterazione dell'armonia che le regole del diritto si sforzano di stabilire tra gli individui, introduce un conflitto tra il danneggiato che domanda la riparazione e l'autore del danno (1). Il conflitto provoca un'instabilità nel settore fondamentale delle relazioni interindividuali, nel vastissimo piano dei contatti sociali non predeterminati da un accordo volontario, da una preesistente relazione giuridica tra i singoli. Operando la scelta di far ricadere il peso del danno su di un soggetto o sull'altro, i principi della responsabilità reintegrano l'ordine, ristabiliscono l'armonia del diritto, restituiscono il gioco delle relazioni tra i singoli al suo instabile equilibrio, alla sua imperfetta autoregolamentazione.

Il danno, nei testi dei commentatori del *Code civil* e del Codice civile italiano del 1865, non è percepito soltanto come un'alterazione

(1) Cfr. H. e L. MAZEAUD-(A. TUNC), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, cit., p. 2. La configurazione del tema della responsabilità come sistema di equilibrio tra singoli proprietari è senz'altro inidonea ad affrontare *oggi* il multiforme tema della responsabilità civile, sempre più pervaso da interessi irriducibili alla semplicità di una conflittualità tra soli proprietari e sempre più attraversato, diciamo così, da istanze pubblicistiche. Tale configurazione, però, ci pare idonea a dare un quadro attendibile della responsabilità extracontrattuale nell'ordinamento giuridico ottocentesco, sino alla metà degli anni Ottanta; e, come vedremo, per molti aspetti anche oltre.

di quel provvisorio equilibrio sociale che il diritto tende sempre a garantire. Esso si verifica infatti in un piano di relazioni economico-sociali che è, sì, rappresentato come estremamente conflittuale, ma che è esaltato soprattutto per la sua armonia: capace di una propria disciplina, di un proprio ordine 'normativo', di un equilibrio tra proprietari con diritti assoluti e uguali. Il giuridico riflette l'armonia esistente nelle relazioni economiche e sociali tra i singoli: un complesso di relazioni così perfette, da non esigere alcuna disciplina esterna alla loro; così capaci di una propria autoregolamentazione, da indurre spesso i giuristi a presentare come unica e vera fonte di tutte le obbligazioni solo l'accordo volontario tra i singoli, il contratto (2). Il diritto civile del *Code civil* e del nostro Codice del 1865 ha l'ambizione di essere 'autonomo': un diritto dei privati esente da coazioni esterne, forte dell'autoregolamentazione dei singoli, libero da pressioni imposte in nome di concetti estranei alle magnificenze e alle crudeltà prodotte dall'armonia conflittuale dell'ordine economico, dallo scontro tra i singoli proprietari intenti ad obbedire a quell'imperativo sotteso agli articoli del Codice: *enrichissez-vous* !

I principi della responsabilità extracontrattuale rappresentano il sistema di sicurezza di tale ordine, la regola per le ipotesi in cui l'armonia produce anomalie, distorsioni. Essi considerano l'ombra, la negazione del diritto — dell'armonico diritto dei privati che riflette le armonie dell'equilibrio proprietario —; sono, pertanto, essi stessi un punto oscuro, un meccanismo non essenziale, del diritto come specchio delle armonie del sistema economico-sociale. Quei principi, però, rappresentano anche il necessario strumento per riaffermare il diritto dei privati, per sanare le rotture e ristabilire l'equilibrio, l'ordine interproprietario. Le regole della responsabilità si pongono così al crocevia di una serie di opposizioni concettuali che attraversano le regole della 'pace borghese' stabilite dai Codici ottocenteschi: son lì a far da filtro tra principi individualistici ed

(2) La rappresentazione dei delitti e quasi delitti come fonte delle obbligazioni meramente residuale e 'minore' rispetto al contratto è estremamente diffusa: spesso si tende a ricondurre anche la responsabilità aquiliana alla visione di un consenso « tacito o presunto tra le parti ». Così, ad esempio, G. VIGNALI-G. SCALAMANDRÈ, *Commentario al Codice civile italiano*, cit., IV, pp. 634 e ss..

interesse pubblico, tra assolutezza proprietaria ed esigenza di un suo limite, tra libertà ed ordine sociale, controllo, 'repressione' (3).

Le poche norme dettate dal Codice sulla responsabilità extracontrattuale sono chiamate ad affrontare la 'negazione del diritto' producentesi nella più vasta sfera di relazioni tra i singoli: devono ristabilire l'armonia, l'ordine nelle relazioni tra individui proprietari in un settore che è vasto quasi quanto l'estendersi del sistema del diritto. Il danno — scrive uno dei nostri commentatori esegetici del Codice (4) — si « estende per tutto il sistema del giure »: « è come l'ombra e la negazione del corpo e della luce del diritto stesso, e costituisce quasi un altro sistema opposto ed avverso al diritto » (5). Il danno rappresenta l'ombra in contrapposizione alla luce del diritto, il riflesso capovolte e distorto delle armonie economiche. Rappresenta 'il male' che dissolve il sogno liberale di una autoregolamentazione completa ed armonica delle condotte e delle attività degli individui (6).

I principi della responsabilità costituiscono, dunque, il tramite tra due 'sistemi avversi', lo strumento capace di operare la conversione del 'male' in 'bene' (7). Se il danno è tendenzialmente esteso quanto l'intero diritto, il giurista deve però affrettarsi a precisare, introducendo la sezione dei delitti e quasi delitti, i limiti propri della responsabilità extracontrattuale: esistono — oltre ovviamente ai danni non rientranti 'per competenza' nella responsabilità aquiliana, come, ad esempio, quelli derivanti dall'inadempimento di un contratto — una serie di danni che non rientrano nei meccanismi riparatori di tale responsabilità perché giuridicamente inconfigura-

(3) Insiste su tali coppie di opposizioni presenti nel *Code civil* A.- J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, cit., pp. 43 e ss..

(4) G. VIGNALI-G. SCALAMANDRÈ, *Commentario al Codice civile italiano*, cit., IV, p. 625: « Preso nel suo sommo genere, può dirsi *danno*, così la lesione della proprietà e del patrimonio, così ogni altra minorazione ed offesa che si apportino a qualunque diritto ».

(5) G. VIGNALI-G. SCALAMANDRÈ, *Commentario al Codice civile italiano*, cit., IV, p. 625.

(6) Sulla coincidenza tra schemi ideologici liberali e ricostruzioni giuridiche della responsabilità per colpa si cfr. ampiamente F. EWALD, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, pp. 49 e ss..

(7) Cfr. F. EWALD, *L'Etat providence*, pp. 65 e ss..

bili come veri danni. La sfera della risarcibilità non potrà estendersi a coprire tutta la realtà effettuale dei danni; il giurista non potrà stabilire una piena coincidenza tra il diritto e la sua materiale negazione, una corrispondenza millimetrica tra diritto e torto, tra torto e sua 'sanzione' (8). Esistono pertanto per il giurista una serie di danni che sono solo « apparenti » (9): danni che sono il prodotto inevitabile del gioco delle armonie economiche scaturente dallo scontro tra gli individui, danni che sono il frutto naturale di quel meccanismo di relazioni che il diritto rispecchia e protegge.

I meccanismi della responsabilità devono tutelare la sicurezza proprietaria, la quiete, la certezza (10); ma la tutela di tali principi non può e non deve intaccare l'equilibrio che è espressione autonoma delle libertà dei singoli, il solo capace di produrre sicurezza, quiete, certezza. Abbiamo già visto, come nel difficile bilanciamento tra certezza e libertà, la visione assoluta del *neminem laedere* tendesse ad attenuarsi in specifico riferimento alle modalità d'azione dei singoli, in relazione all'uso della libertà. La configurazione di una responsabilità estesa quanto la sfera dei danni appare impossibile, perchè è percepita come garanzia di una certezza e di una quiete solo illusorie — mero prodotto di un intervento esterno alle attività dei privati, di un intervento di ordine pubblico (11) — in quanto prive del loro sostrato vitale, del loro alimento duraturo, proveniente dall'interno dei rapporti conflittuali, ma provvidenzialmente armonici, esistenti nel mercato proprietario. Il bilanciamento tra certezza e libertà esige dunque un filtro tra i danni e la loro risarcibilità; esige che il principio generale di responsabilità scaturente dalla sola considerazione della quiete e della certezza proprietaria si specifichi in ulteriore riferimento alle non meno indispensabili esigenze di

(8) Per dei chiarimenti su tale terminologia cfr. *infra* capitolo VI.

(9) Cfr. G. VIGNALI-G. SCALAMANDRÈ, *Commentario al Codice civile italiano*, cit., IV, p. 635: « Diciamo essere *apparente* il danno cagionato da forza maggiore o da casi fortuiti (...). Altresì *apparente* è il danno qualora consista in un detrimento che inevitabilmente si apporta ad altri esercitando un proprio diritto legittimo... » (il corsivo è nostro).

(10) Abbiamo già visto, quanto peso, in specifico riferimento alla tutela proprietaria, avessero questi termini nelle ricostruzioni dei commentatori dell'ABGB, di Del Rosso e di Gioja. Sulla questione cfr. ancora *infra*, soprattutto II.2.

(11) Per ulteriori precisazioni sul punto cfr. *infra*, soprattutto, IV.4.2.

libertà della stessa proprietà ⁽¹²⁾. Il principio generale di responsabilità non può che abbandonare la coincidenza perfetta del diritto col torto per specificarsi in riferimento ad altri elementi, ad altre tutele, altrettanto essenziali alla conservazione dell'equilibrio proprietario.

Il fondamento cardine, e pressoché unico, del filtro della responsabilità aquiliana utilizzato dai giuristi nel corso dell'Ottocento è, com'è noto, la colpa. La colpa è la chiave di volta del modello ottocentesco della responsabilità, il momento di contatto e di unione tra i 'due sistemi avversi', tra il diritto e la sua ombra, tra la negazione del diritto ed il ristabilimento dell'armonia. Una nozione che è ambigua, ampia ed elastica: scelta a chiare lettere dal legislatore negli articoli del Codice, ma 'costruita' interamente dai giuristi, assolutamente liberi, data la vaghezza del dettato legislativo, nella sua configurazione. Una nozione che è estremamente disponibile a farsi assolutizzare: essa è nel corso dell'Ottocento estesa a spiegare ogni fattispecie di responsabilità, soppesata e misurata, indagata in tutti i suoi angoli più reconditi, stravolta con sofismi ed arditezze interpretative. La sua coincidenza col gioco dell'equilibrio interproprietario gli conferisce un valore universale, spinge i giuristi a trascurare — o, come abbiamo visto, a rinnegare e a dimenticare — ogni possibile modello alternativo, ad esaltare la sua capacità di coniugare in una sintesi armonica libertà e ristabilimento della certezza.

La coincidenza del sistema della colpa con le armonie del sistema economico-sociale liberale è il presupposto ed il punto di partenza dell'analisi dei primi commentatori del Codice civile, il dato acquisito e indiscutibile delle ricostruzioni giuridiche ricalcate su quelle dei giuristi francesi della scuola dell'esegesi. La costruzione giuridica muove da questo dato e a tale certezza riconduce l'intero patrimonio di conoscenze e di strumenti tecnici della scienza civilistica. Un solo principio fondamentale, reso lineare e armonico dalle

⁽¹²⁾ Sono tali esigenze che spingono nell'Ottocento a determinare, a specificare la clausola generale di responsabilità, e non un'ontologica e perenne esigenza, « dato strutturale costante », dello stesso ordinamento giuridico. Cfr. in quest'ultimo senso G. BRANCA, *Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 99-111.

‘spiegazioni’ dei giureconsulti, può costituire il sistema di sicurezza di tutte le relazioni extracontrattuali tra gli individui, può ricondurre alla certezza tutte le relazioni anomali, può stabilire una disciplina per tutti quei danni ‘non apparenti’ gravanti ingiustamente la proprietà (13).

Ma non possiamo accontentarci solo di notare l’intima corrispondenza tra la responsabilità per colpa e l’equilibrio interproprietario della società preindustriale. La scarsità delle disposizioni legislative, la tendenziale ampiezza del principio generale posto dal legislatore e le ambivalenze interne alla nozione di colpa lasciano uno spazio enorme alla scienza: permettono ai giuristi di operare scelte decisive, esaltano la capacità onnicomprensiva degli strumenti tecnici del giurista e quella del diritto comune civilistico di poter raggiungere ogni aspetto della realtà. Certo, l’estrema flessibilità delle polarità interne al concetto di colpa rende perennemente inappagata la ricerca giuridica del rigore logico in materia di responsabilità aquiliana. È anche vero, però, che le ambiguità e la flessibilità dello colpa convincono ancor di più i giuristi delle sue potenzialità, della sua capacità di poter operare da unico filtro tra il diritto e la sua ‘negazione’ anche negli anni in cui l’equilibrio interproprietario si complica, negli anni in cui il riferimento ai soli soggetti uguali si incrina per l’emergere di disuguaglianze reclamanti un riconoscimento giuridico della loro diversità, reclamanti una disciplina differenziata, speciale, capace di sottrarle ad un egualitarismo formale e spietato.

Il ‘ritorno’ della tecnica, del patrimonio dei giuristi alla realtà sociale, come vedremo nella seconda e nella terza parte del presente lavoro, si complica con l’abbandono del semplicistico legame di una corrispondenza univoca tra equilibrio economico tra proprietari e principio di responsabilità. Negli anni dell’emergere delle disuguaglianze sociali e delle prime richieste di diritti autonomi rispetto al diritto comune dei principi civilistici, le vicende della responsabilità aquiliana potranno comprendersi solo guardando oltre la simmetrica corrispondenza delle regole della responsabilità con l’equilibrio proprietario. Guardando, in primo luogo, al lacerante contrasto tra convinzioni culturali dei giuristi, miranti a desumere ogni risposta

(13) Cfr. sul punto *infra* II.2.

giuridica alla nuova realtà sociale soltanto dal quadro unitario dei princìpi comuni di diritto civile, e tendenze disgreganti, centrifughe, volte a fornire risposte 'particolari' alle nuove esigenze. Un contrasto che si configura in particolare come scontro tra unitarietà del diritto civile, tra unitarietà dei princìpi del Codice, e risposte legislative sociali-speciali; come conflitto tra scienza civilistica, scienza del diritto comune civilistico, e legislatore.

In tale scontro i giuristi si impegnarono ancora a configurare dall' 'immutabile' patrimonio ereditato dalla tradizione un modello di responsabilità che non disgregasse le certezze della scienza, che non alterasse l'unitarietà dei suoi princìpi. La scienza giuridica può affrontare — sarà questa la convinzione che caratterizzerà gli studi più ambiziosi dei civilisti neoterici sulla responsabilità aquiliana — la nuova situazione sociale utilizzando ancora gli stessi princìpi, interpretandoli in maniera ardita, elasticizzandoli, piegandoli ai nuovi bisogni; la scienza può 'sformare' i suoi princìpi, creare nuove corrispondenze tra essi e i nuovi equilibri sociali, ma non può e non deve rinunciare all'unitarietà della sua costruzione, al quadro armonico di princìpi giuridici che rende certa, scientifica, la sua costruzione; il 'vero' civilista non potrà pertanto che opporsi alla continua creazione 'per legge' di nuovi statuti di responsabilità, di princìpi 'estraganti', fuori dall'orbita del diritto comune, fuori dalle costruzioni della scienza.

Di fronte al primo destabilizzarsi delle armonie dell'equilibrio proprietario per l'emergere delle disuguaglianze sociali e delle richieste 'particolari' della società, i civilisti si sforzarono, dunque, di adeguare i princìpi della responsabilità aquiliana al nuovo quadro sociale. Quello che occorre comprendere è come essi rapportarono il patrimonio della scienza giuridica, le loro convinzioni culturali riguardo alla 'immutabilità' dei princìpi di diritto comune e alle armonie della scienza, con il progressivo venir meno delle armonie dell'equilibrio proprietario. Per comprendere questi aspetti occorrerà guardare alle diverse strategie presenti nel giuridico, agli itinerari imposti dalle convinzioni culturali dominanti nella civilistica, alle modalità interne di costruzione del discorso giuridico, dando credito alla sua autonomia ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. ancora sulla questione *infra*, soprattutto IV.1.

Nelle pagine seguenti analizzeremo il lascito della scuola dell'esegesi alla prima civilistica italiana ⁽¹⁵⁾. Guarderemo a quel patrimonio di conoscenze ereditato poi dalla civilistica neoterica agli inizi degli anni Ottanta. Le caratteristiche del modello della responsabilità per colpa percepibili in questo primo periodo della letteratura civilistica si presentano allo stato 'puro': non si dubita dell'assetto costituzionale fornito dal diritto privato uguale, comune; né si dubita del primato epistemologico della scienza civilistica e dell'assoluta centralità del Codice civile. La pressoché perfetta corrispondenza tra principi della responsabilità e l'equilibrio proprietario di una società preindustriale concorre ad attribuire al quadro tracciato dai giuristi i caratteri della 'immutabilità', dando ai principi di diritto comune civilistico i tratti di assiomi fuori dal tempo, espressione non di una scelta contingente, ma di una logica indiscutibile, di un diritto naturale immutabile.

2. *Il rigore del sistema: responsabilità per colpa.*

Le poche disposizioni in tema di delitti e quasi delitti fissate dal Codice Napoleone e dal Codice civile italiano imponevano all'interprete di colmare con uno sforzo ricostruttivo una zona vastissima: uno spazio quasi vuoto si apriva di fronte ai giuristi e imponeva, inevitabile, il ricorso ad una « teoria razionale », ai « principii generali del diritto », ai « principii filosofici » ⁽¹⁶⁾. Sul contrasto tra

⁽¹⁵⁾ Gli anni che ci interessano direttamente sono quelli che vanno dalla metà degli anni Sessanta ai primi anni Ottanta. Occorrerà però considerare congiuntamente, come abbiamo detto sopra, il quadro comune presentato dalla nostra prima civilistica che aveva recepito in blocco i principi posti dal *Code civil* e dalla scuola dell'esegesi.

⁽¹⁶⁾ E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 116: « Se c'è parte nel diritto civile in cui la ragione abbia campo a spaziare, direi quasi, sovrana, è questa appunto dei delitti e quasi delitti, che comprende una materia vastissima e che, seguendo il giusto avviso dei più savi giureconsulti, il legislatore francese, e, sulle tracce di esso, l'italiano hanno voluto regolare con pochissime disposizioni, lasciando alla dottrina di completarla, secondo i principii generali di diritto »; p. 3: « La maggior parte delle legislazioni moderne, e tra esse la nostra, hanno seguito, saggiamente, il sistema di enunciare soltanto l'obbligo della riparazione del danno, lasciandone lo svolgimento alla dottrina; così non c'è parte in tutto il diritto positivo che lasci più largo campo all'esposizione di una teoria razionale »; e, ancora, p. 37: « ...nella materia del diritto di risarcimento, più che in ogni altra, dobbiamo

inevitabile assorbimento di principi filosofici, razionali, morali nell'ambito della generica normativa della risarcibilità dei danni cagionati con colpa e la ricerca di un rigore squisitamente giuridico del principio, senza contaminazioni di sorta con la morale o con la nebulosità dei principi generali del diritto, si gioca la parte più corposa del dibattito teorico sulla responsabilità aquiliana negli anni che qui ci interessano.

Un contrasto che lacera la stessa linearità dei testi dei nostri giuristi. Enrico Lai, l'autore che abbiamo testé visto impegnato a richiamare nell'ambito aquiliano i principi filosofici e la teoria razionale, è, ad esempio, fermissimo nel condannare nel settore del danno aquiliano ogni 'contaminazione' del diritto con la morale, volta a far « tornare indietro la legislazione civile ai tempi in cui la si teneva confusa con la morale e la religione »⁽¹⁷⁾. Perennemente in agguato negli studi sulle relazioni extracontrattuali, la confusione tra diritto e morale è percepita molto spesso come il solo male da evitare: la ricerca di una teoria immune da ogni contaminazione 'non giuridica' nel settore delle obbligazioni costituisce, del resto, il principale sforzo ricostruttivo di intere generazioni di civilisti. Uno sforzo teorico enorme, talvolta solo velleitario, spesso destinato a partorire dalla montagna di sottili e rigorose distinzioni smilze congetture, inani ad affrontare tutti i molteplici casi della realtà⁽¹⁸⁾.

Ma torniamo al nostro problema, a quello dei nostri giuristi:

ricorrere ai principii filosofici, avendo il legislatore limitato l'opera sua a pochissime disposizioni generali ».

⁽¹⁷⁾ E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 31. Ritorniamo più sotto sul tentativo di Enrico Lai di precisare entro una teoria rigorosamente giuridica la serie di « circoli viziosi » (p. 5) che caratterizzavano la lettura dei delitti e quasi delitti presenti nella civilistica esegetica francese e italiana.

⁽¹⁸⁾ La difficoltà di porre uno steccato tra diritto e morale, in riferimento alla responsabilità aquiliana, è stata invece utilizzata soprattutto per difendere l'indiscutibilità (morale e giuridica) della responsabilità per colpa negli anni in cui essa era attaccata dall'affermarsi della teoria del rischio. Cfr., per tutti, G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1949 (4^a ed.): « La responsabilité civile n'est que la détermination et la sanction légale de la responsabilité morale » (p. 224); « La résistance de la doctrine et de la jurisprudence françaises à une généralisation de la théorie du risque prouve qu'au fond nous n'avons pas perdu l'idée que la responsabilité civile n'est que l'organisation juridique technique de la responsabilité morale » (p. 218).

come colmare, in riferimento a quali princìpi, a quali certezze, la massima generale stabilita dall'articolo 1382/1151? « Qualunque fatto dell'uomo che arrechi danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno »: si può chiarire la nozione di fatto, quella di colpa, ma il dubbio fondamentale — e preliminare alla delineaione di tali nozioni — è quello dell'inserimento di tali princìpi entro il quadro consolidato dei diritti, 'diritti naturali', e delle certezze proprietarie.

« Que faut-il entendre ici par *faute*? ». La domanda retorica, posta da Toullier in apertura del capitolo del suo commentario dedicato ai delitti e quasi delitti, riceve in prima battuta una risposta che non spiega affatto cos'è la colpa, ma che invece si preoccupa di collocarla entro il quadro delle certezze proprietarie: « Ce n'est point le degré de culpabilité, suivant lequel on distingue la faute du dol, la faute lourde de la faute légère ou très-légère, puisque l'article suivant soumet à la réparation du dommage causé, non seulement par une faute, mais encore par une imprudence, par une simple négligence. L'art. 1382 entend donc ici par faute, celle qu'on commet en faisant une chose qu'on n'avait pas le droit de faire, *quod non jure fit*; car on ne peut être en faute, en faisant ce qu'on a droit de faire, pourvu qu'on n'exécède pas les justes limites... » (19). E, quindi: « Le véritable sens de notre art. 1382 est donc que celui qui cause du dommage à autrui, en faisant ce qu'il n'avait pas le droit de faire, ou en négligeant de faire, est obligé de réparer le dommage arrivé par sa faute » (20).

Il quesito fondamentale a questo punto diviene, però, un altro:

(19) TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, cit., VI, n. 119, p. 49. Il discorso di Toullier è anche volto a chiarire la distinzione tra l'articolo 1382 e l'articolo 1383 (al tema abbiamo già fatto riferimento nel cap. I.2). Il richiamo finale ai 'giusti limiti' nell'esercizio del diritto allude ad una problematica su ci soffermeremo in seguito (cfr. *infra* III.2), ritornando sulle applicazioni del principio, richiamato da Toullier, per cui « nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur » (D. L. 17. 55).

(20) TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, cit., VI, n. 119, p. 49. Cfr., ancora, « Si l'énonciation de l'art. 1382 n'était pas limitée, elle serait fautive par trop de généralité » (*ivi*). Cfr. anche G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., V, p. 179: « In vero, l'articolo 1151 dispone (...); il legislatore, dunque, contento di nominare la colpa dell'offensore, omette di dirci che il fatto deve essere ingiusto, *contra jus*, perchè *nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet* ».

«quelles sont les choses qu'on a ou qu'on n'a pas le droit de faire?». E qui Toullier non ha dubbi: nell'attuale legislazione francese, in cui «les droits naturels de l'homme ont été reconnus, proclamés et solennellement consacrés», la regola generale deve essere quella per cui tutto ciò che non è vietato dalla legge è permesso, quella per cui nessuno ha il diritto di impedire ciò che la legge non vieta ⁽²¹⁾.

All'autore della principale monografia dell'Ottocento francese in materia di responsabilità, Auguste J.-B. Sourdat, tali affermazioni appaiono inapplicabili al diritto civile, erronee in riferimento ai danni extracontrattuali. Toullier confonde il diritto civile con il diritto penale — scrive Sourdat —, le sue affermazioni sono infatti valide per il diritto penale, ma non possono essere in alcun modo attendibili per il diritto civile: «Il est vrai que, dans le silence de la loi, aucune peine ne peut être appliquée, et que, sous cet important rapport, les tribunaux n'ont plus, comme autrefois, un pouvoir discrétionnaire et arbitraire. Mais si loi a pu prévoir toutes les atteintes à l'ordre social, qui, par leur gravité, méritaient une répression, elle n'a pu prévoir, de même, tous les actes nuisibles aux particuliers, et mesurer à l'avance le dommage qui en résulterait pour y proportionner la réparation» ⁽²²⁾.

Nel diritto civile non si possono prevedere per legge tutti i fatti dannosi, non si possono pertanto reputare leciti tutti i comportamenti non vietati: «Selon nous, la formule, au moyen de laquelle se résout le problème de la responsabilité civile, n'est point que 'tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis'» ⁽²³⁾. Il problema della responsabilità civile dovrà dunque essere posto senza esasperazioni legalistiche, affrontando il danno verificatosi nelle relazioni extracontrattuali con la guida di una regola più vasta, morale, irriducibile agli schematismi di una lineare normativa semplicemente giuridica. Una regola morale capace di offrire un criterio direttivo dinanzi agli innumerevoli casi che, pur non essendo esplicitamente vietati da una

⁽²¹⁾ TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, cit., VI, n. 120, p. 50. Tale principio, com'è noto, era stato solennemente proclamato nell'articolo 5 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

⁽²²⁾ SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., I, n. 440, p. 336

⁽²³⁾ SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., I, n. 440, p. 336.

norma, sono tuttavia da qualificare come illeciti: « La conscience de l'homme éclairée par cette règle divine: 'Fais à autrui ce que tu voudrais qui te fût fait à toi même', peut discerner et apprécier les actes dommageables qui doivent entraîner réparation » (24).

Può essere sufficiente questo breve cenno alla nota disputa, che contrapponeva le autorevoli letture dell'articolo 1382 date da Toullier e da Sourdat (25), per percepire in prima approssimazione tutte le potenzialità dirompenti insite nel principio stabilito dall'articolo 1382: principio di copertura posto a tutela delle certezze proprietarie, ma, allo stesso tempo, fattore destabilizzante, elemento di continuo pericolo per l'ordine proprietario, per le libertà civili consacrate solennemente. La lettura di Sourdat, se pone riparo alle 'confusioni' di Toullier, apre la strada ad un'interpretazione dell'articolo 1382 potenzialmente distruttiva dell'intero quadro di certezze liberali, rischia di sottoporre al filtro dell'analisi etica del giurista ogni godimento del diritto (26). Il principio posto a chiusura dell'or-

(24) SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., I, n. 440, p. 336. L'implicito riferimento normativo va in questo caso all'articolo 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 24 giugno 1793. Affermazioni simili a quelle di Sourdat sono presenti anche nei lavori preparatori del *Code civil*: cfr. *Exposé de motifs fait par M. Treilhard, conseiller d'état et orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatif du 9 pluviôse an XII* (30 gennaio 1803) (in LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des Codes français*, tome sixième, *Code civil. Livre troisième*, Bruxelles, Tarlier, 1836, p. 275): « Les engagements de cette espèce sont fondés sur ces grands principes de morale si profondément gravés dans le cœur de tous les hommes, qu'il faut faire aux autres ce que nous désirerions qu'ils fissent pour nous dans les mêmes circonstances, et que nous sommes tenus de réparer les torts et les dommages que nous avons pu causer ». Altri riferimenti sono riscontrabili nelle pagine della civilistica esegetica: cfr., ad esempio, C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXXI, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Paris, Lahure, s.d., n. 450, p. 389: « Il s'agit ici de ce devoir social, qui nous est imposé à tous également, de respecter les droits des autres.(...) Et nous pouvons dire très justement qu'il repose tout entière sur cette maxime: *Alteri ne feceris quod tibi fieri non vis*. Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas que l'on vous fit à vous mêmes. C'est la grande règle de la sociabilité humaine, que la religion, la morale et le droit enseignent à l'envi; et donc le Législateur positif va déterminer les conséquences juridiques et poser la sanction civile ».

(25) La questione è ampiamente analizzata da Giovanni Brunetti nella sua monografia su *Il delitto civile* cui faremo specifico riferimento in seguito (cfr. *infra* IX.3).

(26) Particolarmente suggestionato dalla lettura, diciamo così, morale della responsabilità per delitti e quasi delitti è, tra i commentatori italiani, Borsari (cfr. *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, p. 334).

dinamento — posto a vigilare sull'ordine proprietario, a custodire il diritto dalla sua ombra, dalla sua negazione — rischia di diventare lo strumento per la vanificazione del diritto stesso, rischia di eliminare l'assolutezza della libertà proprietaria in nome di un continuo controllo sulle scelte dei singoli proprietari.

Ad impedire ciò, esistono, è vero, gli argini posti attorno al principio generale dal legislatore; ma i limiti ricavabili dalla lettura degli articoli del Codice appaiono comunque inidonei a contenere le potenzialità 'eversive' del principio. È sufficiente scostarsi di poco nell'interpretazione del limite e tutta la pericolosità del principio generale torna a riemergere. Si pensi, ad esempio, al coro di critiche suscitate dallo stesso Toullier, che abbiamo visto così attento a delimitare le potenzialità 'offensive' del principio dell'articolo 1382 nei confronti dei sacri diritti di libertà del proprietario, nel momento in cui afferma che nessuna distinzione può essere posta tra la colpa *in omittendo* e quella *in committendo* (27). Anche questo argomento, questa 'inesatta' configurazione del limite posto al principio generale, apre un pericolo per la certezza del diritto, dà adito a confusioni tra il diritto e la morale: 'sanzionare' — si sostiene — l'omissione, in assenza della violazione di un dovere specifico di comportamento, significherebbe annullare ogni spazio di libertà, imporre un controllo eccessivo, esasperato, sulla sfera di libertà dei singoli; significherebbe far giocare un ruolo essenziale alla morale nel diritto, colpendo non la mancanza di un dovere civile, bensì il mancato rispetto di un principio di umanità o di carità cristiana (28).

(27) Cfr. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, cit., VI, n. 117, p. 48: « la disposition de notre article comprend, sous le mot *fait*, la faute que commet celui qui, pouvant empêcher une action nuisible, ne l'a pas empêchée. Il est censé l'avoir faite lui-même. C'est, en effet, une sorte de complicité que de ne pas empêcher une action nuisible, quand on en a le pouvoir: on doit donc en répondre civilement ».

(28) La proposizione di Toullier, si sostiene unanimemente, è troppo generale: occorre, perché ci sia *culpa in omittendo*, che una disposizione di legge imponga di fare ciò che stato omissso. Cfr., in particolare, J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Bruxelles, Tarlier, I, 1833, n. 1489, p. 176: « La faute de pure omission consiste à négliger de mettre en usage, quand on le peut, les moyens propres à prévenir ou empêcher la perte de la chose d'autrui, lorsqu'une loi, ou un contrat, ou un quasi-contrat nous imposent une obligation civile de veiller à sa conservation. (...) Qu'on suppose, par exemple, qu'un étranger passe à côté d'une maison dans une partie de laquelle un incendie commence à se manifester; qu'il puisse

Insomma, è facile che il filtro della responsabilità operi da fattore destabilizzante dell'intero sistema giuridico, che vanifichi le scelte legislative, sottoponendole nuovamente ad un controllo del giurista in nome di esigenze morali, di equità, o anche di solidarietà sociale. Il pericolo di tali confusioni è quello di rendere indeterminato, e perciò arbitrario, il diritto; quello di inflazionare, e perciò alla fine di vanificare, le obbligazioni extracontrattuali. Ciò che premeva ad Enrico Lai, quando condannava la confusione di diritto e morale era proprio la salvaguardia del quadro delle certezze, delle sicurezze, fissate dalla legge: « La legge ha già contrappesato il pro e il conto su di un istituto giuridico ed ha riconosciuto come cosa necessaria alla tutela del diritto stesso e alla sua piena attuazione quella determinata facoltà, tuttoché in qualche contingenza della vita possa riuscire dannosa: esponetela ad essere giudicata volta per volta nei singoli casi secondo il criterio dell'equità, e si finirà per privarla di quella sicurezza che la legge ha voluto concederle: ora è massima

facilement l'éteindre ou en arrêter les progrès, en tirant de suite de la citerne ou du puits, ou en puisant dans une mare voisine, quelques seilles d'eau qui, jetées sur le feu naissant, doivent l'anéantir; mais qu'au lieu de se livrer à une œuvre aussi louable, il poursuive son chemin et s'éloigne de la maison qui se trouve ensuite dévorée par les flammes: sans doute il aura manqué aux principes de l'humanité et aux devoirs de la charité chrétienne; mais il n'aura manqué à aucun devoir civil, parce qu'il n'était tenu par aucune obligation légale ni conventionnelle, de veiller à la conservation de la maison où il a vu prendre le feu: on pourra bien lui dire qu'il n'est qu'un mauvais citoyen: on pourra lui adresser les plus justes reproches sur sa dureté et son insensibilité pour le malheur d'autrui; mais on n'aura aucune action civile à intenter contre lui, pour le forcer à reconstruire l'édifice incendié ». In tal senso cfr. anche (AUBRY et RAU), *Cours de droit civil français*, par C.S. ZACHARIAE, Bruxelles, Hauman, II, 1842, § 443, nota 8, p. 79; L. LAROMBIÈRE, *Théorie e pratique des obligations*, cit., art. 1382, n. 6, p. 688; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Paris, Cotillon, art. 1382, p. 623; LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 388, p. 410: « Il faut que ce devoir soit une obligation légale; l'inobservation d'un devoir de charité, d'humanité ne constitue pas un délit civil. En parlant d'une sorte de complicité, Toullier entend une complicité morale; c'est confondre le domaine de la morale avec le domaine du droit ». Cfr., in tal senso, anche i commentatori italiani: V. CATTANEO-(C. BORDA), *Il Codice civile annotato*, cit., art. 1151, n. 5, p. 846; T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, cit., IV, pp. 465 e ss.; G. DELVITTO, *Commentario teorico pratico del Codice civile del Regno d'Italia*, IV, p. 219; L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, p. 335; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., V, pp. 193 e ss..

fondamentale di diritto filosofico, come è insieme una indeclinabile necessità pratica, che il diritto, onde riesca efficace, deve essere certo e sicuro » (29).

Quello che è importante stabilire, dunque, più che una astratta distinzione teorica tra diritto e morale, è che la responsabilità per colpa non può e non deve essere una regola per controllare, per 'sindacare' l'esercizio del diritto, pena la vanificazione del diritto stesso. Il principio di responsabilità deve solo disciplinare 'dall'esterno' diritti assoluti e certi, deve garantire la quiete, la libertà proprietaria senza mai entrare nel merito delle scelte proprietarie: « sindacare ogni atto del proprietario » significa « negare il diritto di proprietà » (30). Da questo punto di vista, lo schema della responsabilità esige una distinzione rigorosissima tra diritto e morale, tra diritto ed equità: tanto più il principio posto dall'articolo 1382/1151 è gravido di richiami verso l'esterno, verso il non giuridico, tanto più occorrerà immunizzare quei richiami, renderli compatibili con il globale sistema di certezze, di diritti naturali e immutabili, garantiti dalla codificazione borghese.

È importante, prima di affrontare il tema del 'rigore' del principio della responsabilità per colpa, insistere su questo aspetto, guardare a quel campo di principi che nelle analisi dogmatiche è spesso solo affiancato dai giuristi alla trattazione 'pura' della colpa, in quanto attinente ad un danno 'apparente': quello arrecato nell'esercizio del diritto, 'impossibile' da contrapporre al principio del *neminem laedere*, perchè *qui jure suo utitur neminem laedit* (31). La colpa, dunque, è chiamata a svolgere nel sistema ottocentesco un ruolo essenziale, fondamentale, a patto però che rispetti le separazioni accennate, a condizione che non intacchi l'equilibrio proprietario ed, anzi, lo riproduca immutato. Essa deve operare solo dall'esterno al quadro di certezze, di diritti 'sacri', 'immutabili', fissati una volta per sempre. Essa deve, da questo punto di vista, essere rispettosissima delle divisioni tra diritto e morale, tra diritto

(29) E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 32.

(30) E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 49. Sul punto occorrerà tornare ancora in seguito: cfr *infra* III.2.

(31) Cfr. ancora su questi argomenti *infra* III.2.

ed equità; non deve essere utilizzata guardando a vaghi principi generali, ma a precise libertà, a precisi diritti e doveri del singolo.

Solo se si valuta preliminarmente l'inserimento della responsabilità per colpa nell'ambito delle certezze proprietarie, si può poi comprendere in maniera adeguata la successiva esaltazione del principio della colpa che domina incontrastata tutte le letture giuridiche ottocentesche del danno extracontrattuale sino alla metà degli anni Ottanta. E si può comprendere anche la giusta portata delle esaltazioni morali, oltre che giuridiche del principio. Una volta immunizzato dalle sue potenzialità 'eversive', infatti, il principio della responsabilità per colpa potrà essere esaltato per il suo rigore, per la sua moralità, potrà essere presentato come unica garanzia di certezza e di libertà: la libertà dei proprietari — libertà, ricordiamolo, di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta — è garanzia di certezza, di stabilità, di armonia; il principio della responsabilità per colpa può garantire tale equilibrio soltanto se controlla le violazioni anomali dell'ordine, se lambisce le assolutezze proprietarie senza intaccarle, controllandole solo dall'esterno.

L'esaltazione ottocentesca della responsabilità per colpa non può essere spinta oltre questi confini, pena la distruzione dello stesso sistema, pena la 'fine del diritto'. La lettura dell'articolo 1382/1151 non potrà spingere il rigore della colpa ad entrare *nel* diritto, a valutarne il suo esercizio, a soppesarne l'assolutezza, a verificare l'uso 'interno' della libertà del proprietario, la 'utilità' sociale dell'uso del suo diritto. Giova cedere ancora la parola ad Enrico Lai, che è attentissimo a precisare tali aspetti e a censurare ogni incertezza sul punto della letteratura giuridica antecedente: « Non è vero che il diritto consista nel retto uso delle nostre facoltà: esso significa invece libertà di conseguire e anche di non conseguire il nostro fine »⁽³²⁾; « la questione della utilità del diritto noi dobbiamo studiarla considerando il diritto in se stesso e non nei singoli atti del suo esercizio, perché col voler riscontrare questo valore eudemono-

⁽³²⁾ E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 47: « ...il diritto in ultima analisi si risolve in una garanzia della libertà, e (...) il suo valore eudemonologico sta appunto in questa libera attività che la legge giuridica garantisce, perché l'uomo possa, secondo la propria natura, conseguire il suo fine liberamente ».

logico in ogni singolo atto si arriverebbe alla negazione del diritto in se stesso » (33).

L'exasperazione del 'controllo' insito nello strumento della responsabilità civile nasconde, dunque, un pericolo enorme per le libertà e le certezze del sistema liberale. L'intromissione dei meccanismi della responsabilità civile entro la sfera intangibile del diritto è da rifiutare nel modo più assoluto: introduce infatti nel sistema delle armonie liberali una cellula cancerogena, capace di distruggere l'intera organizzazione sociale, l'intero assetto delle libertà e dei diritti borghesi: « Il proprietario può abusare, può distruggere la cosa propria e nessuno ne ha mai dubitato. Ma che perciò? Siamo noi autorizzati a pesare ogni atto del proprietario per determinare se abbia un valore eudemonologico, se sia cioè conducente allo scopo per cui le cose esterne possono diventare materia del diritto di proprietà? Chi non vede che in tal modo rimarrebbe distrutto il diritto di proprietà in se stesso e verrebbe a mancare quella garanzia di libertà dalla quale ci ripromettiamo il massimo delle ricchezze, la più giusta distribuzione di esse e conseguentemente il massimo della soddisfazione? » (34).

Se si accetta il sistema sociale fondato sull'assolutezza della proprietà individuale, se si ritiene che tale sistema rappresenti la migliore distribuzione della ricchezza, il solo meccanismo capace di garantire ordine e certezza, di assicurare l'armonia nella convivenza sociale, non si può poi, per porre rimedio ai danni naturalmente insiti entro tale ordine, svuotare l'intero meccanismo, distruggere il suo elemento vitale, ponendo sotto tutela la proprietà: « ...dopo aver riconosciuto che la migliore e più equa distribuzione delle ricchezze si ottiene con lo svolgimento libero e spontaneo dell'istituto della proprietà, vorremmo noi porre rimedio a questi casi ed accettare un qualsivoglia organamento socialista? Ciò significherebbe evidentemente l'abolizione del diritto di proprietà. Lo stesso avviene di tutti

(33) E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 47.

(34) E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 48. « E, per parlare di un'altra delle conseguenze del diritto di proprietà, non è forse vero che la differenza delle fortune si deve spiegare con la diversa capacità ed attività del soggetto e con la diversa produttività dell'oggetto del diritto? ».

gli altri diritti. La libertà economica ed industriale si proclama, perché con essa si ottiene il progresso delle industrie, meglio che con qualunque altro sistema di protezioni, di limitazioni e d'ingerenze. Ma ci son tanti che per effetto di questa libertà producono male, rendendo danno a se stessi e spesso anche ad un intero paese. Sarà questa una ragione giusta per impedirglielo? Ciò varrebbe tanto quanto distruggere la libertà economica » ⁽³⁵⁾.

Il rigore del principio della responsabilità per colpa potrà dunque essere esteso sino alle estreme conseguenze, potrà spingersi a pescare nella morale, ad inglobare nella sua elasticità ampi spazi di equità, ma non potrà essere contrapposto frontalmente al diritto del proprietario, non potrà 'sindacare ogni suo atto', perché ciò significherebbe negare il diritto di proprietà, negare le certezze e le armonie liberali. È facendo attenzione a non rompere questo delicato equilibrio, che si sviluppa il discorso dei nostri giuristi sulla colpa aquiliana; ed è nel rispetto di tale equilibrio che si articolano le diverse strategie interpretative volte ad estendere o ad attenuare la severità del principio nessuna responsabilità senza colpa.

Un principio che può essere, a questo punto, rappresentato in tutto il suo rigore. È un principio generale 'crucele', 'spietato': non ammette eccezioni, comprende tutti i 'delitti', tutti i 'misfatti', obbliga alla riparazione del danno cagionato con negligenza ed imprudenza; con qualsiasi negligenza ed imprudenza, sia pur minima, sia pure lievissima ⁽³⁶⁾. « On pourrait, au premier aspect — dice Bertrand de Greuille, nel suo rapporto al Tribunato che è spesso richiamato per emblematizzare la severità del principio della responsabilità per colpa — se demander si cette conséquence n'est pas trop exagérée, et s'il n'y pas quelque injustice à punir un homme pour une action qui participe uniquement de la faiblesse ou du malheur, et à laquelle son cœur et son intention sont absolument étrangers. La réponse à cette objection se trouve dans ce grand

⁽³⁵⁾ E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., pp. 48/49.

⁽³⁶⁾ Torneremo più volte sul principio della *culpa levissima*. Cfr., in particolare, *infra* II.4.; V.2.; VII.; IX.4.2..

principe d'ordre public: c'est que la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe, et celui qui souffre » (37).

Una severità da valutare con giuridico distacco e 'freddezza': il principio della responsabilità per colpa non può essere compreso abbandonandosi a facili sentimentalismi, accusando il rigore della legge, la sua 'durezza' a fronte dell'umana fragilità dell'autore del danno. Occorre, invece, valutare la 'garanzia' accordata contro i danni, occorre stimare come 'tanta severità' sia utile alla conservazione dell'ordine sociale, al ristabilimento delle corrette regole del gioco nelle relazioni interindividuali (38). L'esigenza di tutela della vittima è inglobata, dunque, all'interno dello stesso principio della colpa, capace di garantire il danneggiato guardandolo solo attraverso il danneggiante, capace di garantire la stabilità e la quiete della proprietà, colpendo prontamente ogni movimento 'anomalo' dei proprietari dinamici, 'pesando' le loro modalità d'azione.

Il continuo richiamo al rigore della colpa indica come la massima estensione della sfera della tutela e del controllo garantiti dal filtro della responsabilità fosse percepito solo come interno al meccanismo delle certezze proprietarie: grazie alla severità di tale congegno si può tutelare ampiamente la vittima della negligenza, colui che soffre il danno ingiusto; di fronte a qualsiasi 'perdita', la legge si sforza infatti di comprendere se era in qualsiasi modo possibile evitarla e, in caso di risposta affermativa, condanna prontamente, senza poco giuridici sentimentalismi, il suo autore alla riparazione (39).

(37) *Rapport fait au tribunal par M. Bertrand de Greuille, dans la séance du 16 pluviôse an XII* (6 febbraio 1803), in LOCRÉ, *Legislation civile*, cit., VI, p. 280. Cfr. anche (in *ibidem*, pp. 282 e ss.) *Discours prononcé par M. Tarrible, orateur du tribunal, dans la séance du corps législatif du 19 pluviôse an XII* (9 febbraio 1803): « Cette disposition, qui donne une garantie à la conservation des propriétés de tout genre, est pleine de sagesse. Lorsqu'un dommage est commis par la faute de quelqu'un, si l'on met en balance l'intérêt de l'infortuné qui le souffre avec celui de l'homme coupable ou imprudent qui l'a causé, un cri soudain de la justice s'élève, et répond que ce dommage doit être réparé par son auteur » (p. 287).

(38) Cfr. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, cit., VI, n. 179, p. 76.

(39) Cfr. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, cit., VI, n. 179, p. 76: « La loi ne pouvait balancer entre l'auteur d'une faute ou d'une négligence préjudiciable à autrui, et la personne qui souffre de cette négligence. Partout où elle voit une perte pour un citoyen, elle cherche l'auteur; elle examine s'il lui a été possible de ne

La sfera della colpa racchiude, dunque, la sola risposta riparatoria severa ma giusta: individua un responsabile per tutti i mali che giuridicamente i nostri commentatori del Codice riescono a classificare come danni veri, danni non naturali, non apparenti. Esiste un settore di 'naturalizza' del danno che è del tutto esterno alle potenzialità del principio della colpa, un settore vastissimo di mali che i nostri giuristi non si preoccupano di indagare, di tutelare, di sanare: mali insiti nel gioco delle relazioni interpropriari, cagionati nell'esercizio di un diritto, attribuibili a colpa del danneggiato; danni rientranti in quell'imperscrutabile gioco del caso giuridicamente imponderabile, attribuibili alla fatalità, ad un disegno oscuro di distribuzione del male tra gli uomini di fronte a cui il giurista deve solo tacere (40). Se nessuna colpa, sia pure leggerissima, può essere individuata nel soggetto agente il giurista è impotente: estendere il rigore del sistema anche ai danni prodotti causalmente significherebbe trasformare la severità del principio in arbitrio, opporre una crudele e ingiusta scelta dell'uomo all'imperscrutabile gioco del caso.

Il bilanciamento tra tutela della vittima, garanzie di ordine pubblico, tutele della quiete proprietaria e libertà del soggetto agente e della sua fragilità, la scelta tra umana responsabilità e cieca casualità deve avvenire, dunque, soltanto guardando alla colpa. È in riferimento ad essa che deve svolgersi l'intera costruzione del giurista; è ponendola al centro della sezione del Codice sui delitti e quasi delitti che occorre interpretare le poche disposizioni del legislatore. Grazie ai principi della colpa, come vedremo, la sfera del danno

pas causer cette perte, et dès qu'elle trouve en lui de l'inattention, de la légèreté, de l'imprudence, elle le condamne à la réparation du mal qu'il a fait ».

(40) « Le dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un: s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances; mais s'il y a eu faute ou imprudence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il en est dû réparation » (così Tarribile, nel suo discorso al Corpo Legislativo, in LOCRÉ, *Legislation civile*, cit., VI, p. 287). Sulla questione si può pescare a caso tra i pareri unanimi della prima dottrina civilistica italiana; cfr., ad esempio, G. FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., p. 270: « Sempre la moralità degli atti umani dipende da' due fattori della volontà libera e della intelligenza. Se esse manchino, manca del tutto l'imputabilità, e di conseguenza la responsabilità, e si ha il caso »; p. 271: « Or è principio di diritto che deve risentire del caso fortuito soltanto colui che ne fu percorso, cioè il padrone. Onde l'assioma — *casum sentit dominus* ».

risarcibile potrà poi ancora essere notevolmente ristretta o ampliata: elaborando tecnicamente l'indiscutibile certezza culturale della responsabilità per colpa, estendendo le sue maglie, accentuando le finzioni, i 'sofismi', connessi al suo dominio assoluto, i giuristi cercheranno talvolta di incidere anche in quella sfera intangibile dei danni naturali, dei danni giuridicamente solo 'apparenti'. Nel momento in cui la corrispondenza tra ordine economico-sociale e principio di responsabilità diverrà meno solida, le potenzialità 'eversive' del principio generale di responsabilità torneranno a riemergere prepotentemente.

3. *La « catena dei sofismi ».*

I giudici della Corte d'Appello di Napoli alle prese con le ipotesi di responsabilità per fatto altrui stabilite dall'articolo 1153 sono in evidente difficoltà. Il principio generale per la responsabilità extracontrattuale — dicono, con il Codice alla mano — è quello sancito a chiare lettere nell'articolo 1151, quello per cui « qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga colui, per colpa del quale il danno avviene, a risarcirlo »; la prima parte dell'articolo 1153 non fa che specificare tale « principio generale di diritto », stabilendo che « ciascuno parimenti è obbligato non solo pel danno che cagiona pel proprio fatto, ma anche per quello che avviene pel fatto delle persone delle quali deve rispondere, o colle cose che ha in custodia ». Se così è — si chiedono —, se tali sono le massime generali stabilite dalla legge, a che serve il successivo riferimento presente nello stesso articolo 1153 al padre — e, in sua mancanza, alla madre —, ai tutori, ai padroni ed ai committenti, ai precettori e agli artigiani? L'unica soluzione possibile è per i giudici napoletani quella di ritenere che « tutti i diversi casi accennati nell'articolo 1153 sono riportati *exempli gratia*, non *taxationis causa*, non potendosi ammettere, che la legge dopo aver stabilito una massima generale, immantinente, con altra disposizione immediatamente successiva venga a distruggerla » ⁽⁴¹⁾.

Utilizzando il principio generale di responsabilità, i giudici estendono il numero dei soggetti chiamati a rispondere per fatto altrui,

(41) Corte d'Appello di Napoli, 11 luglio 1877, in *Giurisprudenza italiana*, 1878, I, 2, cc. 51-56. L'affermazione è usata per stabilire la responsabilità civile del direttore di un manicomio per la negligenza dei suoi dipendenti nella custodia e nella cura dei malati.

applicando poi nei loro confronti la 'presunzione di colpa' stabilita dall'articolo 1153 ⁽⁴²⁾. La convinzione della centralità del principio generale della responsabilità per colpa, diffusa in tutta la dottrina del periodo, spinge verso un'interpretazione che permette di estendere il dettato della successiva normativa codicistica sul danno aquiliano ad ipotesi non previste; spinge ad utilizzare il rigore del principio della responsabilità per colpa per interpretare in maniera estensiva le 'specificazioni' successive poste dall'articolo 1153.

La teoria sostenuta nella sentenza appare al commentatore esegetico, che affronta il tema della responsabilità aquiliana attraverso il filtro della letteratura francese, « in parte vera ed in parte erronea » ⁽⁴³⁾. Il punto di partenza dell'analisi è indubbiamente condivisibile, le conseguenze però sono troppo estreme, non colgono le distinzioni interne all'articolo 1153; occorre perciò precisare, porre delle limitazioni. L'articolo 1153 presenta due parti ben distinte: nella prima, ove è stabilito che ciascuno deve rispondere delle persone che da lui dipendono, il principio che « non vi ha responsabilità senza colpa (...) si traduce in quest'altro, che quando il fatto altrui è ascrivibile a colpa di un altro, costui deve risponderne » ⁽⁴⁴⁾; nella seconda parte dell'articolo, enumerando i casi di responsabilità, il legislatore non sconvolge certo il disegno della responsabilità per colpa, ma stabilisce semplicemente delle « presunzioni di colpa », e le « presunzioni sono, senza dubbio, tassative, dappoiché non è dato all'interprete allegare una presunzione *juris* che non risulti dal testo della legge » ⁽⁴⁵⁾. La generalità del principio della responsabilità per colpa vige dunque indiscussa, come anche indiscussa è la generalità delle sue logiche conseguenze; tassative sono invece le presunzioni di colpa stabilite dall'articolo 1153, « spettando al legislatore, e non all'interprete, il creare una presunzione » ⁽⁴⁶⁾.

La puntualizzazione del nostro commentatore del Codice ribadisce la linea dell'interpretazione dottrinale dominante, ma non riesce a fornire una lettura dell'articolo scevra da pregiudizi ed è, in qualche

⁽⁴²⁾ Corte d'Appello di Napoli, 11 luglio 1877, cit., cc. 55-56.

⁽⁴³⁾ F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, cit., VI, p. 127.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*, p. 127.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*, p. 127.

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*, p. 128.

modo, emblematica dei limiti del dibattito sulla responsabilità per fatto altrui nel periodo che qui ci interessa. Un dibattito che è tutto caratterizzato dall'indiscutibilità dell'assioma della responsabilità per colpa. Nelle letture degli articoli 1151 e seguenti è possibile riscontrare divergenze sulle modalità e sulle forme della riconducibilità di tutta la normativa della sezioni dei delitti e quasi delitti alla centralità della colpa; non si rinviene mai però un dubbio riguardo a tale centralità. E ciò anche nel caso in cui il dettato degli articoli è meno lineare, quando ci sarebbero spazi per affievolire il dominio incontrastato di una responsabilità aquiliana tutta fondata solo sulla colpa.

Non possiamo, del resto, attenderci una diversa articolazione del dibattito giuridico da un contesto culturale in cui ogni buon civilista è certo dell'assoluta inconciliabilità, nella sezione dei delitti e quasi delitti, della 'massima generale' della responsabilità per colpa con altri principi di responsabilità, dell'impossibilità logica di trovare affiancati diversi sistemi 'paralleli' di responsabilità. La normativa della responsabilità aquiliana è — per convinzione comune — tutta linearmente discendente dal principio stabilito nell'articolo 1151, e dovrà essere tutta interpretata come specificazione di quell'unica massima: specificazione ridondante, esemplificativa, inutile — come ritenevano i giudici napoletani —; oppure avente una sua funzione, ma non quella, in ogni caso, di contrastare, di contraddire, il principio della colpa. Se, d'altronde, si è convinti che il principio della responsabilità per colpa raccolga in sé l'ineludibile richiamo alla libertà, al corretto uso della libertà, se si ritiene che sia l'unica vera garanzia per la certezza dell'ordine proprietario, come si può ipotizzare che il legislatore abbia potuto rinunciare anche in un solo inciso a tale principio, o che lo abbia prima affermato e poi contraddetto, affievolito, distrutto. Ogni eccezione all'interno di tale principio è percepita come una sua 'distruzione'. Se i poli opposti, che il filtro della colpa permette di selezionare con sicurezza, sono quelli tra responsabilità e fatalità, tra libertà e assenza di libertà, non esistono possibili accomodamenti, vie di mezzo, eccezioni: ogni distorsione della regola rappresenta la sua negazione, l'inizio della distruzione dell'intero edificio costruito su di essa.

La costruzione giuridica della responsabilità aquiliana deve essere, dunque, necessariamente lineare, deve progressivamente ir-

radiarsi da un unico centro, da un unico principio ⁽⁴⁷⁾. L'articolo 1153 — si sostiene in coro — stabilisce presunzioni di responsabilità, per *culpa in vigilando*, per i genitori, il tutore, i precettori e gli artigiani ⁽⁴⁸⁾; e alla colpa fanno implicito riferimento anche gli articoli 1154 e 1155 riguardo alla responsabilità del proprietario, o di chi si serve, di un animale ⁽⁴⁹⁾ e quella del proprietario di un edificio ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ Naturalmente le vie logiche per rendere semplice e lineare l'interpretazione della responsabilità per colpa possono essere, come vedremo, molteplici: per alcuni, ad esempio, logica conseguenza del principio della colpa non può che essere l'applicazione rigorosa della *culpa levissima* e della proporzionalità tra grado di colpa e risarcimento; per altri solo la prima delle due affermazioni è giuridicamente corretta; per altri ancora la linearità del principio esclude il riferimento alla *culpa levissima*, più vicina al caso che ad un concetto di colpa correttamente inteso, e così via. Le diverse configurazioni del principio centrale contribuiscono poi inevitabilmente a fornire costruzioni più o meno ampie delle normative che gli gravitano attorno. I contrasti interni alla 'logica linearità' del principio della responsabilità per colpa diverranno più acuti negli anni della civilistica neoterica: basti pensare alla distanza tra le ricostruzioni 'pandettistiche' della responsabilità per colpa di Gian Pietro Chironi e di Contardo Ferrini (cfr. *infra* capp. V e VII).

⁽⁴⁸⁾ Unanime la dottrina sul punto: cfr., per tutti, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., V, pp. 353 e ss..

⁽⁴⁹⁾ Giova, a mo' d'esempio, cedere ampiamente la parola sulla questione a Francesco Ricci (*Corso teorico pratico di diritto civile*, VI, pp. 138/139:) che ci dà uno spaccato della disinvolta ma poco attenta esegesi dell'articolo 1154 presentata dai nostri civilisti esegetici: « Il proprietario di un animale, dispone l'art. 1154, o chi se ne serve, è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o fuggito. Qual è il concetto cui la disposizione legislativa è informata? Due opinioni si trovano di fronte. Secondo l'una, l'articolo in questione non fa che stabilire un'assoluta responsabilità del proprietario dell'animale, o di chi se ne serve, pei danni recati dal medesimo, siavi, oppure no, colpa nel proprietario od utente di esso; seconda l'altra, invece, l'articolo non fa che stabilire una presunzione di colpa a carico del proprietario od utente dell'animale, presunzione che viene meno di fronte alla dimostrazione del contrario; onde, esclusa la colpa, cessa nel proprietario o nell'utente la responsabilità. A nostro modo di vedere, quest'ultima opinione (...) è preferibile alla prima; e ciò per due ragioni. La prima è che, parlandosi della responsabilità del proprietario e dell'utente dell'animale sotto la rubrica *Dei delitti e dei quasi delitti*, il legislatore ha necessariamente considerato questa responsabilità come quella che deriva da delitto o quasi delitto (...). Ora è egli concepibile il delitto o il quasi delitto senza la colpa? Certo che no; dunque il legislatore patrio, nello stabilire la responsabilità del proprietario o dell'utente dell'animale, non ha potuto prescindere dalla colpa di lui. L'altra ragione è questa, che, secondo noi, non si dà responsabilità senza che il fatto da cui la si fa derivare, sia imputabile al suo autore; ma se l'autore non vi ha né dolo, né colpa alcuna, non può esservi imputabilità,

Una linearità da conservare, o da inventare, anche nel caso in cui il riferimento alla normativa del nucleo concettuale appare labilissimo, oppure del tutto inesistente. È il caso dell'interpretazione fornita dai giuristi francesi riguardo alla legge del 10 vendemmiale dell'anno IV (2 ottobre 1795) la quale stabiliva — come abbiamo già accennato ⁽⁵¹⁾ — che, in determinate ipotesi, tutti i cittadini del Comune erano garanti civilmente « des attentis commis sur le territoire de la commune, soit envers les personnes soit contre les propriétés ». A molti appariva impossibile, in questo caso, una spiegazione dal solo punto di vista della colpa: gli appartenenti ad una comunità erano chiamati a rispondere di un danno commesso da altri in nessun contatto con loro, un danno a cui erano assolutamente estranei. A furia di cercare, però, i nostri giuristi riescono a trovare anche in questa ipotesi quello che vogliono assolutamente vedere: « On voit qu'en définitive cette responsabilité se rattache comme toutes les autres à l'idée d'une faute, au principe théorique de l'imputabilité des faits humains. Seulement, il y a présomption légale contre les communes. Elles sont censées avoir laissé commettre les délits qui ont eu lieu sur leur territoire, et cette présomption n'admet pas toujours la preuve contraire » ⁽⁵²⁾. La presunzione *juris et de jure* di colpa è la finzione che permette di ricondurre al fondamento della colpa anche le ipotesi più lontane: il legislatore — si dice — non ha stabilito un'eccezione alla regola della colpa, ha solo sancito una presunzione assoluta di colpa.

È la nota spiegazione utilizzata anche per la responsabilità dei padroni e dei committenti. L'impossibilità della prova liberatoria dalla responsabilità sancita dall'articolo 1153 nei confronti dei padroni e committenti — non richiamati dall'ultimo comma di detto articolo tra coloro ammessi a provare « di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili » — rendeva estremamente contraddittorio, in assenza della possibilità di una prova

e, mancando questa viene meno la responsabilità civile ». A sostegno della prima tesi enunciata cfr. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, § 3057, pp. 352 e ss..

⁽⁵⁰⁾ Cfr. F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, VI, p. 140 e ss..

⁽⁵¹⁾ Cfr. I.3.1.

⁽⁵²⁾ SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., II, n. 1092, p. 341.

liberatoria, il richiamo alla *culpa in vigilando*. Perché affermare che il solo e necessario fondamento anche della responsabilità dei padroni e dei committenti è la colpa, se la sua presenza o la sua assenza risulta del tutto indifferente ai fini della configurazione della responsabilità? Che senso ha rinvenire anche in questa ipotesi una finzione di colpa, ignorando la concretezza di una responsabilità che grava comunque, anche in sua assenza, sui padroni e committenti? Le certezze culturali dei commentatori del Codice li sottraggono a simili interrogativi: è vero — affermano — i padroni ed i committenti non sono ammessi a provare di non essere in colpa per non aver potuto impedire il fatto che causò il danno⁽⁵³⁾, ma ciò è stabilito perché la loro colpa è anteriore al fatto. La colpa in questo caso non sta nel non aver saputo vigilare, « bensì nella cattiva scelta fatta »; e, pertanto, « si comprende essere inutile la dimostrazione del non aver potuto impedire un dato fatto, quando la colpa è anteriore al fatto stesso, e quando essa consiste nell'aver scelto ad un dato ufficio persona che l'esperienza ha dimostrato non onesta e non capace di esercitare l'incarico affidatole »⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Spesso però anche l'assolutezza della 'presunzione di colpa' viene negata e la responsabilità dei padroni e dei committenti è affiancata senza remore alle altre ipotesi dell'articolo 1153: « Sembra però a noi che l'alineia o parte ultima dell'articolo sia bastantemente generale ed indistinta, per dover dire che nella mente del legislatore debba cessare ogni responsabilità dei padroni pei delitti e quasi delitti dei domestici ed operai, o commessi e simili, di cui si resero colpevoli nell'esercizio delle loro incombenze (*in ministerio*), ove realmente provino di non aver potuto impedire il fatto del quale altrimenti sarebbero responsabili » (Così V. CATTANEO-(C. BORDA), *Il Codice civile annotato*, cit., art. 1153, n. 1, p. 848). Quest'ultima lettura è del tutto arbitraria, non solo per la chiarezza del disposto dell'ultimo comma dell'articolo 1153 che non fa menzione dei padroni e dei committenti tra coloro ammessi a provare di « non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili »; ma anche perché quando si volle, distaccandosi dalla scelta del legislatore francese, dare la possibilità anche ai padroni e committenti di fornire una prova liberatoria li si menzionò esplicitamente: tale, ad esempio, fu la scelta effettuata nell'articolo 2087 del Codice parmense.

⁽⁵⁴⁾ F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, VI, p. 132/133. Più attenta è in parte la spiegazione fornita da Borsari (*Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, §§ 3052 e ss., pp. 342 e ss.). Anche a suo giudizio la responsabilità per fatto altrui deve essere spiegata intendendola come per fatto proprio: « non potendo comprendersi, fuori della persona che lo ha commesso, la responsabilità del delitto o del quasi delitto, resta che per noi s'intenda una estensione della persona morale che abbraccia rapporti alieni come propri »; in vista di « un grande interesse generale », la

L'assolutezza della colpa impone ai nostri commentatori di inoltrarsi sempre più sulla strada delle finzioni⁽⁵⁵⁾, di aggiungere nuovi anelli a quella 'catena di fragili sofismi' — impietosamente analizzata a metà degli anni Ottanta da uno tra gli autori più lucidi della civilistica neoterica, Giacomo Venezian⁽⁵⁶⁾ — che caratterizzava l'intera ricostruzione della responsabilità aquiliana presente nella civilistica esegetica. Ogni disposizione normativa non fa, dunque, che confermare agli occhi dei nostri giuristi l'assolutezza del principio della responsabilità per colpa: tutto porta a far sì che ogni possibile diverso fondamento della responsabilità sia armonicamente conciliato con la « vera responsabilità », con l'assolutezza del principio nessuna responsabilità senza colpa⁽⁵⁷⁾.

Non si sottraggono ai sofismi anche gli autori più accorti inseriti nella tradizione interpretativa esegetica. La loro preoccupazione non è quella di indagare il possibile diverso fondamento della responsa-

legge chiama dunque i genitori, i tutori, gli istitutori, i precettori e gli artigiani ad essere « doppiamente impegnate a prevenire il male, rispetto a coloro che o per età o per condizione non danno la maggiore garanzia di se stessi », tali soggetti costituiscono « come un corpo avanzato a difesa dell'ordine che la legge si propone nell'interesse generale » (p. 342) e, pertanto, la loro responsabilità « procede dall'autorità morale che per essere ben spesa, dee interpersi dove può affinché non avvenga il male » (p. 345). Diversa però deve essere la spiegazione della responsabilità dei padroni e dei commitenti che « parte da un'altra causa »: « Dal dovere cioè di garantire rispetto ai terzi il fatto di certi nostri rappresentanti i quali non solo per l'opera che ci prestano servono al comodo nostro, ma sono eziandio destinati ad operare al di fuori con altre persone relativamente alle cose loro commesse. La legge non può permettere che quei tali che portano con sé la nostra fiducia e la trasmettono ad altri, possano far danno ai terzi senza compromettere ad un tempo la nostra responsabilità. Vi si riconosce il carattere del mandato, ma di un mandato che può dirsi generale e *sui generis*... » (p. 345).

⁽⁵⁵⁾ Sugli artifici verbali utilizzati riguardo al concetto di colpa e sulle finzioni indotte dalla tendenza a ricondurre ogni normativa al principio 'nessuna responsabilità senza colpa' si cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 21 e ss.; 57 e ss.. In riferimento più specifico al quarto comma dell'articolo 1153 si cfr., invece, A. GALOPPINI, *Profilo storico dell'articolo 2049 c.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970 (pp. 67-99).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. *infra* VI.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. V, cit., p. 362: « la responsabilità indiretta, o come si dice ordinariamente, del fatto altrui è in sostanza una vera responsabilità di colpa propria; responsabilità che differisce da quella diretta solo perché invece della prova si contenta della presunzione legale di colpa ».

bilità dei padroni e dei committenti, ma semplicemente quella di rendere ancora più lineare l'edificio della responsabilità per colpa, depurandolo dalla normativa — 'barbara', 'ingiusta', 'incivile' — palesamento contrastante con esso. Il rigore della ricostruzione può spingere a condannare le presunzioni assolute di colpa, a criticare in modo serrato la 'mostruosa' creazione di una 'presunzione di colpa assoluta'; ma non spinge a cercare di comprendere se è possibile individuare, lasciando da parte la colpa, un diverso fondamento della disposizione legislativa. La finzione è l'unica spiegazione: i nostri giuristi non riescono a liberarsi di essa, sanno solo condannarla. È il caso di Laurent che, dopo aver indicato nella cattiva scelta il fondamento della presunzione assoluta ⁽⁵⁸⁾, afferma che una tale presunzione, in anni in cui la scelta da parte dei 'padroni' è sempre meno libera, « n'a plus raison d'être. C'est une exception à une règle qui n'en comporte aucune » ⁽⁵⁹⁾. Ed è il caso di Giorgio Giorgi, secondo il quale la assoluta presunzione di colpa « per aver scelto un commesso imprudente, disattento, disonesto » è « dissonante dai dettami della giustizia e delle condizioni della civiltà dei nostri tempi » ⁽⁶⁰⁾; con tale presunzione assoluta, eliminando la possibilità di poter provare l'assenza della colpa — aggiunge —, « i Codici moderni hanno davvero posto in oblio i principi di naturale giustizia » ⁽⁶¹⁾.

La ricerca di un fondamento autonomo delle ipotesi di respon-

⁽⁵⁸⁾ Cfr. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, pp. 606 e ss. (nn. 570 e ss.).

⁽⁵⁹⁾ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, p. 628 (n. 588).

⁽⁶⁰⁾ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. V, cit., p. 443.

⁽⁶¹⁾ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. V, cit., p. 361: « Ma in qualche cosa, se ci è lecito parlare liberamente, i Codici moderni hanno davvero posto senza ragione in oblio i principi di naturale giustizia: ed è quando hanno stabilito la presunzione della colpa a carico dei padroni e dei committenti, e hanno convertito la presunzione semplice in presunzione *juris et de jure* negando il diritto alla prova contraria. Siffatto rigore è veramente eccessivo e non se ne comprende il perché. È strano e paradossale asserire che si può fare a meno di domestici o di commessi, per modo che colui il quale voglia servirsene possa accusarsi di imprudenza, e dire che lo fa a suo rischio e pericolo; nella vita sociale il fatto di avere domestici e commessi è quasi sempre una inesorabile necessità; né certo può qualificarsi come imprudenza o quasi delitto, il commettere ad altri ciò che non possiamo fare da noi medesimi. Non meno strano ed assurdo è il rimproverare il difetto di scelta... ».

sabilità per fatto altrui, il tentativo di individuare altri sistemi di responsabilità civile spezzando la 'catena dei fragili sofismi' della letteratura esegetica costituirà, come vedremo, uno dei punti nodali della letteratura civilistica neoterica. Cogliere l'assurdità della finzione di una presunzione assoluta di colpa non costituirà più il punto di partenza per una critica 'abolizionista' del dettato ingiusto del legislatore; bensì la base per una riflessione volta ad estendere a nuove situazioni gli àmbiti di applicazione della responsabilità extracontrattuale. La 'scoperta' di regole di responsabilità svincolate dalla colpa libererà parte della normativa codicistica dalla cappa soffocante che impediva una sua comprensione; accentuerà, sì, i contrasti interni alle regole della responsabilità aquiliana, incrinando la convinzione di poter desumere l'intera disciplina dall'estensione all'infinito di un'unica regola indiscutibile, ma lascerà ferma la convinzione di poter affrontare solo con il Codice le nuove esigenze sociali di fine secolo. Le possibilità espansive fornite dalle nuove interpretazioni permetteranno ai giuristi di prospettare ancora — pur di fronte alla prepotente emersione delle disuguaglianze e al primo incrinarsi dell'indiscussa centralità del Codice e del diritto comune civilistico — una responsabilità tutta 'creata' dall'elaborazione della scienza, una responsabilità unitaria, restia a continui interventi legislativi, a discipline 'speciali' volte a frantumare le armonie rinvenibili sempre e comunque nel patrimonio della dottrina civilistica, nella 'immutabile' normativa del Codice.

4. *Culpa levissima e fragilità umana.*

Lo smantellamento delle finzioni di colpa, la rottura della catena dei sofismi non fu l'unico punto per estendere gli spazi della responsabilità aquiliana a nuove situazioni. Un fronte della civilistica neoterica si sviluppò, come vedremo nella seconda parte del presente lavoro, proprio all'interno del principio della colpa, puntando sulla sua ampiezza e sulla sua elasticità, per estendere la responsabilità aquiliana a tutelare nuove situazioni. Il principio cui si fece riferimento fu soprattutto quello della *culpa levissima*. Estremo confine tra il territorio della colpa e quello del caso, la *culpa levissima* fomentò le dispute più accese della civilistica neoterica, suscitando

odi e amori non solo nei sostenitori della responsabilità per colpa, ma anche nei suoi detrattori.

La *culpa levissima* afferma e nega la linearità del principio della responsabilità per colpa; rappresenta, allo stesso tempo, lo sviluppo indispensabile per dare forza al suo rigore e la sua intrinseca negazione. In nome della coerenza del principio della colpa ci si potrà dunque schierare a sua difesa: la si indicherà come il completamento indispensabile della severità della colpa, come lo strumento per garantire pienamente la certezza proprietaria, per estendere la tutela del danneggiato. In nome della stessa coerenza si potrà anche accusare la *culpa levissima*: colpa solo apparente, volta a soffocare ogni attività degli individui con la richiesta di un grado di diligenza tanto alto da essere umanamente irraggiungibile, contenente l'implicito annullamento del riferimento alla libertà dei singoli e l'accettazione di un pericoloso germe patogeno per l'imputabilità per colpa, il principio della responsabilità oggettiva. Evidentemente non solo di opposizioni 'logiche' si trattava: optare per l'una o l'altra interpretazione significava estendere gli spazi tutelati dalla responsabilità, ed estendere, di fronte al crearsi di nuove situazioni di pericolo, la discrezionalità del giudice nella valutazione dei fatti colposi: non è un caso che il dibattito sulla *culpa levissima* tornò ad acuirsi in Italia soprattutto in seguito al diffondersi di interpretazioni che la utilizzavano per rendere ancora applicabile la generalità del principio dell'imputabilità per colpa in un nuovo contesto sociale ⁽⁶²⁾.

La prima civilistica italiana affronta la questione della *culpa levissima* riportando i dibattiti della letteratura francese ed aderendo all'opinione dell'uno o dell'altro autore. Più che la corrispondenza con le esigenze sociali, quello che emerge dalle ricostruzioni è la necessità di garantire un sistema di pesi e contrappesi interno alla colpa, di assicurare — entro i confini dello 'spietato' principio della

⁽⁶²⁾ Alludiamo alla utilizzazione del criterio della *culpa levissima* presente soprattutto negli scritti di Chironi (cfr. *infra* V; cfr. però anche VIII e IX). Tra gli autori che, forti delle analisi della Pandettistica, si schierarono contro il principio faremo invece soprattutto riferimento a Contardo Ferrini e a Pietro Cogliolo (*infra* VII). L'utilizzazione della *culpa levissima* da parte di un dichiarato oppositore della responsabilità per colpa — cui si alludeva più sopra nel testo — è quella di Venezian: egli la utilizza per rovesciare le incongruenze e le finzioni 'storiche' del principio della responsabilità per colpa in una lineare affermazione della responsabilità oggettiva (cfr. *infra* VI).

responsabilità per colpa — una regola, equa ma logica, capace di bilanciare tutti gli interessi contrapposti. È dunque ancora la ricerca della linearità del principio della colpa che muove l'analisi dei nostri autori: una ricerca non univoca che indirizza la pur compatta civilistica esegetica lungo itinerari ben differenziati, confluenti, però, verso gli stessi vicoli ciechi. Le opposte strategie logiche finiscono infatti per produrre modelli che rinviano in chiusura a quanto spesso negano in partenza, richiamano cioè la discrezionalità del giudice, affidano alla sua scelta e al suo prudente arbitrio tutto il rigore logico del sistema che soprattutto contro tale discrezionalità era stato in un primo momento ricostruito ⁽⁶³⁾.

Il rigore del principio della colpa va, a dire di Toullier, portato alle estreme conseguenze: le disposizioni degli articoli 1382 e 1383 sono « tellement générales et tellement étendues » che è impossibile indicare tutte le ipotesi cui vanno applicati; compito del giurista non deve pertanto essere quello di dilungarsi in una estenuante casistica, bensì quello di « bien développer le principe ». Seguendo le indicazioni di Domat, il giurista deve delineare una risarcibilità per tutti i danni « qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être » ⁽⁶⁴⁾. La generalità degli articoli del Codice asseconda le affermazioni di Domat e indica una sola prospettiva: la risarcibilità di ogni comportamento colposo per quanto leggero, la permanenza in materia extracontrattuale del principio « in lege Aquilia, et levissima culpa venit ». Un principio che è utilizzato da Toullier come punto di contatto tra la normativa codicistica della risarcibilità per colpa e gli scritti degli autori di diritto naturale che avevano centrato l'attenzione soprattutto sull'esigenza di ripristinare il diritto lesa: « Ainsi, point d'excuse sur l'intention ni sur

⁽⁶³⁾ La relazione tra ricerca di una linearità logica indiscutibile nel sistema della responsabilità extracontrattuale ed ineludibile discrezionalità del giudice costituirà, come vedremo, una questione irrisolta anche nelle più lucide analisi della civilistica neoterica.

⁽⁶⁴⁾ TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre de Code civil*, cit., VI, n.153, p. 64. L'espressione ricalca letteralmente quelle di Domat. Si cfr. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* [Nuova ed.: Paris, Bauche, 1756], libro II, titolo VIII, sezione IV [p. 184]. Sull'importanza della formulazione di Domat, come avvio alla creazione di una vera e propria clausola generale, si confrontino le osservazioni di G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, cit., pp. 93 e ss..

la qualité de la faute. La loi, d'accord avec la raison, veut qu'on répare le dommage causé par la faute la plus légère: car il est, sans contredit, plus juste que l'auteur même indirect du dommage en supporte la perte, quelque légère que soit sa faute, que celui à qui on n'en saurait reprocher aucune » (65).

Non c'è dunque molto spazio per scelte discrezionali, per scelte equie ma non rigorose; anche i principi giuridici della responsabilità si possono dimostrare « aussi rigoureusement (...) qu'un théorème de mathématiques » (66): abbandonato ogni ingannevole « sentiment de compassion », occorre soprattutto notare la razionalità della « sévérité des lois et des principes sur la responsabilité des fautes » (67). Una severità così estrema da essere spietata, e che impone, in nome di esigenza di sicurezza, la negazione di qualsiasi incertezza: qualsiasi negligenza, sia pure leggerissima — lo esige il principio della *culpa levissima* — dovrà essere 'sanzionata'. Nello stesso senso si muove, anni dopo, l'analisi di Laurent: la tradizione giuridica, chiaramente sintetizzata da Domat, le parole pronunciate dinanzi al Tribunato da Bertrand de Greuille e la consolidata interpretazione del Codice presente nella dottrina e nei tribunali indicano 'la severità' come indispensabile carattere della materia extracontrattuale (68). Il giurista nell'affrontare la materia aquiliana

(65) TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre de Code civil*, cit., VI, n. 153, p. 64. Emblematicamente Toullier richiama Burlamqui ed i suoi *Elementi di diritto naturale*.

(66) TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, cit., VI, n. 127, p. 52.

(67) « Mais il ne faut pas considérer seulement le sort de celui que la loi punit pour une faute, pour une imprudence. Tournez le tableau, et considérez l'infortune à laquelle peuvent se trouver réduit les innocentes victimes de cette faute, de cette imprudence, en apparence si légère et si excusable, quand on ne considère que la personne condamnée à en réparer les suites. Quel serait le sort des hommes, dans l'état de société, s'ils restaient sans garantie contre tous les maux que peuvent leur causer les fautes ou les imprudences de leurs semblables? Combien l'impunité ne les multiplierait-elle pas? Combien de délits réels se couvriraient du voile de l'imprudence, pour échapper à la responsabilité, tandis qu'une juste sévérité peut les prévenir par de salutaires menaces, par d'utiles exemples? Il est dans la nature de l'homme d'éviter les fautes sur la suite desquelles il est averti, et il n'est jamais mieux averti que par la pensée d'un danger pour lui-même, et d'une peine qui le menace » (TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, cit., VI, n. 179, p. 76).

(68) LAURENT, *Principes de droit civil français*, XX, nn. 462 e ss., pp. 492 e ss..

non potrà che sviluppare tali assunti, sino alle estreme conseguenze: « Il ne faut jamais oublier que la rigueur de la loi, en matière de quasi-délict, a pour but de sauvegarder la vie des hommes »⁽⁶⁹⁾; e ancora: « ... la sécurité des hommes commande cette rigueur. Entre la victime et le coupable, la justice prend parti pour la victime, quelque légère que soit la faute de l'auteur du quasi-délict »⁽⁷⁰⁾.

La configurazione della severità della colpa — data soprattutto dall'accettazione estesa del principio della *culpa levissima*, considerando come beni da tutelare in prima istanza la sicurezza e la tutela della vittima — rende però necessario che si sia pur disposti a concedere qualcosa alle opposte istanze di libertà confluenti, come sappiamo, nel principio della colpa. Il rigore della colpa e la sua intransigente severità devono scendere a patti con tali diverse istanze e, bilanciandosi con esse, essere attenuati. Ed è ancora scrutando a fondo tra i molti volti della colpa che si ottiene la soluzione. Lo stesso principio, che così bene si presta ad un'applicazione estremamente severa, concede anche gli strumenti per una sua attenuazione: il giudice — si dice — può temperare tanta severità con il suo 'sovrano' apprezzamento sulla sussistenza della colpa⁽⁷¹⁾ e con il fissare l'ammontare del risarcimento del danno in relazione al gradazione della colpa⁽⁷²⁾. La regola ferrea della *culpa levissima*, quella

⁽⁶⁹⁾ LAURENT, *Principes de droit civil français*, XX, n. 490, p. 522.

⁽⁷⁰⁾ LAURENT, *Principes de droit civil français*, XX, n. 489, p. 520. Tali considerazioni inducono Laurent ad affermare che in caso di colpa comune tra il danneggiato ed il danneggiante, non si dovrà apprezzare con la stessa severità la negligenza o l'imprudenza commessa dalla parte lesa.

⁽⁷¹⁾ Cfr. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XX, cit., n. 464, p. 494: « Quand y a-t-il faute dans le sens de l'art. 1382? C'est essentiellement une question de fait que les juges décident d'après les circonstances de la cause. Ils jouissent, à cet égard, d'un pouvoir souverain; leur appréciation échappe à la censure de la cour de cassation; dès qu'ils décident qu'il y a faute, celui qui l'a commise doit être condamné à des dommages-intérêts qu'il appartient également aux tribunaux de déterminer ».

⁽⁷²⁾ Cfr. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XX, n. 530, p. 573. A dire di Laurent l'esigenza di proporzionare il risarcimento al grado della colpa è data dalla configurabilità della riparazione del danno come pena privata. Usa più esplicitamente la discrezionalità del giudice e la graduazione del risarcimento in relazione all'entità della colpa come misura per temperare il necessario rigore imposto dalla *culpa levissima* C. Demolombe (*Cours de Code Napoléon*, XXXI, cit., nn. 473 e ss.). Demolombe nega l'affermazione di Sourdat riguardo alla possibilità che la colpa divenga scusabile, ed invoca, richiamando naturalmente Bertrand de Greuille, tutto il rigore del principio.

capace di ridurre in spazi ridottissimi ogni sentimentalismo non giuridico a favore dell'autore del danno, quella capace di 'sanzionare' prontamente il più lieve fatto colposo, fornisce in definitiva l'argomentazione per un ampliamento degli spazi di discrezionalità, di temperamento equo della regola inflessibile. Più che la configurazione dogmatica del risarcimento ⁽⁷³⁾, è però l'esigenza di un giusto bilanciamento tra gli opposti valori sottesi alla responsabilità per colpa che impone di temperarne il principio e che spinge ad affidare all'apprezzamento del giudice tutto il rigore del sistema.

Che la severità della colpa debba essere necessariamente data dall'accettazione del criterio della *culpa levissima* è fatto, però, di cui altri giuristi dubitano. Il rigore della ricostruzione, le logiche conseguenze insite nella responsabilità per colpa spingono, a dire di questi autori, in direzione opposta a tale severità. Spingono soprattutto ad una ricostruzione della colpa che si oppone, spesso solo implicitamente, all'accettazione della *culpa levissima*. Gli argomenti portanti di tale diverso itinerario logico restano per molti anni ⁽⁷⁴⁾ quelli forniti da Jean-Baptiste-Victor Proudhon in alcune pagine molto note, utilizzate spessissimo e in sensi contrastanti dalla civilistica italiana, del suo trattato sull'usufrutto. Conviene seguire brevemente le argomentazioni del giurista francese che, a differenza delle analisi precedenti, pongono subito l'attenzione sul danneggiante e non sulla vittima del danno.

Nella sezione sui delitti e quasi delitti la colpa non è qualificata in alcun modo, non si dice quale è la misura necessaria perché sia configurabile il risarcimento: ciò non deve spingere — sostiene

Non può fare a meno però di introdurre a sua volta dei temperamenti: « Ce qui est vrai seulement, et ce que nous nous exprimons aussi de reconnaître, c'est que les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation pour décider cette double question; à savoir: 1° s'il y a eu faute, imprudence, ou négligence; 2° quelle est la quotité des dommages-intérêts, qui doivent être accordés à la partie lésée. (...) Nous admettons une telle appréciation; et il se peut, en effet que la faute soit mêlée de hasard et de fatalité et de mauvaise chance ».

⁽⁷³⁾ Ad esempio, nel caso di Laurent, la configurazione del risarcimento come una pena privata.

⁽⁷⁴⁾ Nuove argomentazioni contro il criterio della *culpa levissima*, ampiamente mutate dalle analisi dei Pandettisti, furono introdotte nel dibattito italiano soprattutto da Pietro Cogliolo e da Contardo Ferrini (cfr. *infra* VII).

Proudhon — verso un'accettazione incondizionata della risarcibilità del danno arrecato con qualsiasi colpa, ma piuttosto a « concilier le Code avec lui même », a ricavare da una più ampia interpretazione il criterio di colpa da utilizzare nelle relazioni extracontrattuali ⁽⁷⁵⁾.

La distinzione della colpa nei tre aspetti della *culpa lata*, della *culpa levis* e della *culpa levissima* — sebbene sia stata cancellata dal legislatore in riferimento alla responsabilità contrattuale ⁽⁷⁶⁾ — è conforme a quanto è nella natura delle cose, fa riferimento a modelli umani ben presenti nella realtà, a tipi concreti di comportamento diffusi nella società ⁽⁷⁷⁾. I termini di comparazione per individuare i diversi idealtipi di negligenza sono: *le dissipateur*, *l'homme sage et l'avare*. Alle gravi colpe in cui è facile incorra il dissipatore, sempre più attento al piacere del momento che ad una gestione oculata del suo patrimonio, e alle trascurabilissime negligenze in cui incorre colui che rifiuta di prestare quelle minuziose attenzioni ispirate dall'avarizia ⁽⁷⁸⁾, è contrapposta la *culpa levis* in cui si incorre trascurando la diligenza misurata dell'uomo saggio, il buon padre di famiglia ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁵⁾ J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, cit., vol. I, n. 1517, p. 186.

⁽⁷⁶⁾ Faremo più ampio riferimento in seguito alla questione: *infra* VII. 2.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. nello stesso senso L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, § 3147, p. 544: «...se l'ordine classico non è più atteso, se la nostra mente deve saper valutare la colpa per quanto pesa, ossia il momento della colpa, e la negligenza dell'effetto che produce, la gradazione è in *rerum natura* e non può abolirsi ».

⁽⁷⁸⁾ J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, cit., I, n. 1499, p. 179: « la faute très légère, *culpa levissima*, consiste dans l'omission des soins recherchés et minutieux qui sont inspirés par l'avarice à l'homme qui, tourmenté par l'amour de conserver, comme il le fut par la soif d'acquérir, se distingue des autres par une infatigable attention à ne rien oublier de ce qui peut être avantageux à ses intérêts, et à mettre en pratique tous les moyens qu'il peut trouver pour en augmenter la somme ».

⁽⁷⁹⁾ Giova ascoltare la descrizione di questi uomini che, a dire di Proudhon, in sì gran numero popolano la società: « Mais s'il y a des dissipateurs (...) et des insoucians (...), il y a aussi, et heureusement, en bien plus grand nombre, des hommes sages, qui savent être généreux sans prodigalité, économes sans parcimonie; des hommes qui, sans se tourmenter par une indiscrete curiosité, ont soin de s'instruire des choses nécessaires; des hommes qui, jetant leurs regards dans l'avenir, savent trouver, par une vie frugale, des épargnes pour servir à l'établissement de leurs enfants; des hommes, en un mot, qui savent également acquérir et conserver par tous les moyens honnêtes; mais qui, sans s'exténuer par des travaux ou des soins excessifs, préfèrent le repos qu'exige la nature

Come si può, in presenza di una tale graduazione di colpe, insita nella natura stessa delle cose, rinunciare ad essere più severi nei confronti degli uomini che incorrono nella colpa grave? Come si possono non ritenere trascurabili — « à moins qu'on ne veuille faire le procès à l'humanité elle-même » — quelle colpe che consistono nell'omettere quelle 'diligenze' che soltanto un tipo umano sicuramente non apprezzabile, l'avaro, si ostina a ricercare ⁽⁸⁰⁾? Non solo: come si può ipotizzare che il legislatore nella vasta sfera delle relazioni extracontrattuali abbia voluto porre un modello di diligenza così lontano dalla media, così distante dalla saggezza dell'assennato buon padre di famiglia? « Pourrait-on sérieusement croire que les auteurs du Code aient voulu proposer à la société tout entière, l'avare pour un modèle de conduite, et présenter son exemple pour servir de règle commune? » ⁽⁸¹⁾.

Anche in materia aquiliana, guardando alla colpa — argomento che fortunatamente non si presta ad analisi « avec l'équerre et le compas, comme lorsqu'il s'agit d'estimer la grosseur ou la petitesse d'un corps physique » ⁽⁸²⁾ —, occorrerà dunque attenersi alla regola generale; principio ragionevole che guarda ai comportamenti dannosi commessi, colposamente, da una figura d'uomo medio. Posto di fronte all'uomo in carne ed ossa, l'ordinamento non potrà infatti richiedere niente di più di quanto si possa umanamente dare: la regola generale dovrà indicare agli uomini un modello che non potrà essere quello dell'avaro, con la sua scrupolosità forsennata; ma sarà inevitabilmente quello fornito dall'assennatezza, dalla prudenza non

de notre constitution, à un plus grand accroissement de richesses » (J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, cit., I, n. 1497, p. 179).

⁽⁸⁰⁾ Proudhon insiste a lungo in tale collegamento che mira a screditare le negligenze colpite dalla *culpa levissima*: « Il y a faute très légère — scrive, in una pagina poi citatissima dalla civilistica italiana —, *culpa levissima*, dans l'omission des précautions fatigantes et minutieuses qui ne sont communément indiquées que par l'usage de l'homme aux cent yeux, qui veut tout voir et tout entendre, s'enquérir de tout et tout savoir, pour profiter de tout: de l'homme qui ne s'endormirait pas s'il n'avait fait la revue de toute sa maison avant de se coucher, et qui n'oublie jamais rien de ce qui peut le garantir des moindres pertes » (J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, cit., I, n. 1508, p. 182).

⁽⁸¹⁾ J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, cit., I, n. 1508, p. 182.

⁽⁸²⁾ J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, cit., I, n. 1496, p. 178.

ossessiva, dalla saggezza proprietaria ⁽⁸³⁾ di un buon padre di famiglia. Posta a sua volta di fronte all'uomo in carne ed ossa, la regola generale dovrà, dunque, essere severa, ma dovrà essere soprattutto equa: « il ne faut pas confondre ce qui ne peut être justifié avec ce qui est inexcusable. Une faute quelconque, par cela seul qu'elle est faute, ne peut être justifiée: mais si elle n'est que très légère, elle peut et doit être le plus souvent excusable, parce qu'on ne doit pas faire le procès à la fragilité humaine » ⁽⁸⁴⁾.

La severità della colpa, in altre parole, potrà avere un senso, se si coniuga con lo spirito reale del Codice, e se l'interprete rifiuta di irrigidirsi entro schemi fuori dalla realtà, lontani dalla considerazione della fragilità umana dell'autore del danno: il criterio della colpa torna a guardare in prima istanza alla libertà del soggetto, a bilanciare equamente con la sua flessibilità la certezza interpretativa e la libertà del soggetto agente. Giunti a tali conclusioni, anche questa lettura non può che risolvere il problema del rigore interpretativo della responsabilità per colpa rivolgendosi alla discrezionalità del giudice: si possono, certo, indicare dei criteri, fornire delle linee direttive, ma bisogna necessariamente riconoscere che la materia « est entièrement dans le domaine du juge qui en est l'arbitre »: « il ne doit rendre compte de sa décision qu'aux lumières de sa raison et à la droiture de sa conscience, et qu'il n'a d'autre loi à suivre que celle de sa propre conviction » ⁽⁸⁵⁾.

Tra gli stessi poli concettuali entro cui si dibatte la letteratura

⁽⁸³⁾ L'aggiunta dell'aggettivo è indispensabile: le qualità attribuite al saggio, assennato, prudente, accorto buon padre di famiglia sono, in fondo, le stesse che, a dire del nostro Jean-Baptiste-Victor Proudhon, contraddistinguono il proprietario quale migliore degli uomini possibili. Si cfr. su quest'ultimo aspetto, ed in esplicito riferimento alle pagine del *Traité du domaine de propriété* di Proudhon, P. GROSSI, 'Un altro modo di possedere'. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 5 e ss..

⁽⁸⁴⁾ J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, cit., I, n. 1513, p. 185. Il discorso di Proudhon suggestiona ampiamente anche Sourdat che si lancia a sua volta a richiedere temperamenti per la severità del principio: « Nous penchons à croire qu'il faut admettre quelques tempéraments. La faiblesse de la nature humaine a aussi les droits auxquels il faut faire une certaine part, sous peine de se mettre en contradiction avec la conscience elle-même et de commettre une injustice sous prétexte d'en réparer une autre » (SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., II, n. 659, p. 17).

⁽⁸⁵⁾ J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, cit., I, n. 1523, p. 187.

francese si aggira anche la prima civilistica italiana che recepisce in maniera unitaria i diversi messaggi provenienti dagli scrittori d'oltralpe. Il richiamo alla severità del principio della *culpa levissima* è pressoché unanime⁽⁸⁶⁾; ma non mancano ambivalenze⁽⁸⁷⁾, richieste di temperamenti, invocazioni della *culpa levissima* affiancate da affermazioni che la negano nella sostanza, richiamando l'impossibilità di risolvere il problema tracciando una linea logica assoluta e affidandosi infine alla « coscienza del giudice » « guidato dai sensi di saggia moderazione in ogni cosa »⁽⁸⁸⁾.

La ricerca del rigore interno alla responsabilità per colpa riproduce dunque gli stessi « circoli viziosi »⁽⁸⁹⁾ che caratterizzavano l'analisi della letteratura francese. La colpa pare sfuggire ad ogni

⁽⁸⁶⁾ T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, cit., vol. VI, p. 468; G. DELVITTO, *Commentario teorico pratico del Codice civile*, cit., vol. IV, p. 206; L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, § 3147, p. 558; F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, VI, p. 121; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. V, cit., n. 149, p. 191.

⁽⁸⁷⁾ È il caso di Delvitto che, dopo aver plaudito alla giurisprudenza che stabiliva in materia aquiliana il persistere del principio '*In lege Aquilia, et levissima culpa venit*', tempera il principio troppo rigoroso: « Non devesi poi ritenere colpa qualsiasi leggera inavvertenza, o l'omissione d'una cautela inusitata e straordinaria. La legge non esige che la diligenza, ma non una vera antiveggenza che quasi pretenda l'infallibilità » (G. DELVITTO, *Commentario teorico pratico del Codice civile*, cit., vol. IV, p. 219/220). In tal senso, ma nell'ambito di una interpretazione globalmente più accorta, si cfr. anche E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 57: « ...qualunque colpa può dare origine alla responsabilità, anche la colpa leggerissima. (...) Ciò però non vuol dire che la responsabilità cessi solo allora che il danno sia effetto del caso, e che, in ogni evenienza, per qualunque colpa, si faccia luogo all'azione di risarcimento »

⁽⁸⁸⁾ L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, § 3147, p. 558. Cfr. anche G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. V, cit., n. 150, pp. 192-193: « Tale è la regola. Essa per altro non toglie al giudice la facoltà di decidere secondo il suo arbitrio prudente, se l'omissione, l'imprudenza, la negligenza costituiscono veramente nel fatto una colpa non perdonabile. E il giudice memore del principio *summum ius summa iniuria*, scuserà tutte quelle omissioni o imprevidenze, che gli sembreranno conseguenze inevitabili della infermità dell'umana natura, a segno che nessuno uomo per quanto oculato e previdente saprebbe guardarsene ».

⁽⁸⁹⁾ L'espressione, in esplicito riferimento alle dispute sul « grado della colpa », è utilizzata da E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 5.

sistematizzazione lineare e rigorosa e si presta con la sua struttura variabile a letture sempre nuove. Allo stesso principio possono, dunque, fare riferimento sia i propugnatori dei teoremi della geometria nel diritto, sia i nemici della squadra e del compasso. Il punto fermo dell'analisi giuridica in questo periodo pare dato, in ogni caso, soprattutto dall'esigenza di assecondare un corretto bilanciamento tra le gli opposti beni che il filtro della responsabilità per colpa mantiene armonicamente assieme in un contesto sociale caratterizzato da un equilibrio tra proprietari ancora semplice. Ad ogni accentuazione della severità del principio in direzione della tutela della vittima, corrisponde un temperamento nell'altra direzione: un'attenuazione della severità di fronte alla fragilità umana o di fronte all'esigenza di non rendere difficile l'esercizio del diritto: « non si può mai spingere il rigore tant'oltre da impedire l'esercizio del diritto »⁽⁹⁰⁾. Il quadro giuridico della responsabilità resta comunque unitario: è garantito, non dalle risposte interpretative particolarmente ardite dei giuristi, ma dalla semplicità del quadro delle esigenze sociali che si contrappone — o, se si preferisce, che i giuristi contrappongono — alla ricostruzione giuridica della responsabilità aquiliana.

La civilistica neoterica, alla ricerca della linearità del sistema, avrà in fondo ragione di lamentarsi delle confusioni presenti nelle analisi della civilistica esegetica: la tanto ricercata precisione nella ricostruzione tutta discendente da un unico principio-chiave si era dispersa lungo itinerari costellati di finzioni e sofismi, si era fatta patrocinatoria di una severità mai coerente, sempre e comunque da temperare, aveva cercato di tracciare linee rigorose, ma era stata poi costretta a piegarle. La somma di istanze diverse confluenti nel filtro

⁽⁹⁰⁾ E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 62. Cfr. anche p. 58: « è manifesto che con una eccessiva prudenza, con un calcolo scrupoloso di tutte le eventualità del danno, anche le più lontane, si arriverebbe a una tale timidezza di operare, che renderebbe spesso impossibile l'esercizio del diritto ». Elemento risolutore, a dire di Lai, di ogni disputa sulla *culpa levissima* è ancora il principio per cui ciascuno ha la « facoltà di operare per l'esercizio del proprio diritto »: è alla luce di questo principio-guida che il giudice deve valutare le diverse circostanze. È in nome di tale principio 'risolutore' che Lai intende opporsi al « troppo vago » criterio — richiama esplicitamente Proudhon e Sourdat — di affidarsi soltanto alla coscienza del giudice.

della responsabilità per colpa faceva sì che lo stesso principio potesse essere garante delle armonie e del rigore del giuridico e della sua attenuazione: la ricostruzione giuridica poteva spingersi in tema di responsabilità aquiliana sino a diventare perfettamente lineare, salvo poi a scoprire, quasi all'improvviso, l'inopportunità del rigore tanto ricercato, notando con disinvoltura e quasi per inciso, come fa Sourdat, che il vorticoso succedersi delle argomentazioni geometriche era comunque vano in tema di responsabilità: « En droit l'absolu n'est presque toujours qu'une erreur, et, dans le fait, une chimère impossible à atteindre »⁽⁹¹⁾.

Finzioni e sofismi, rigore e temperamenti della colpa possono, senza particolari contrasti, fornire un'interpretazione dei delitti e quasi delitti che è percepita come sufficiente ad affrontare ogni ipotesi: interpretazione che, in anni di relativa semplicità dell'equilibrio interproprietario tra uguali, è sentita come perfettamente corrispondente a tutte le esigenze sociali. I contrapposti interessi, le diverse esigenze emergenti alla coscienza del giurista — e i giuristi in questi anni vedono soprattutto i conflitti tra proprietari uguali — possono tutti trovare una loro rappresentazione, una loro giusta tutela nelle dispute sulla lettura dell'unitario principio fornito dal Codice.

Le più raffinate istanze sistematiche della civilistica neoterica porranno entro nuovi termini il problema della linearità e dell'unitarietà interna ai principi della responsabilità: l'eredità della civilistica francese dovrà essere ripensata, però, non solo in relazione alla precisione e alla linearità dei concetti, ma anche e soprattutto di fronte al lacerarsi del quadro di certezze sociali corrispondente all'unità di tali principi.

⁽⁹¹⁾ SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., II, n. 659, p. 18.

CAPITOLO TERZO
LE REGOLE DELL'EQUILIBRIO: *INIURIA*.

1. Tra 'clausola generale' di responsabilità e tipicità. — 2. *Qui iure suo utitur neminem laedit*. — 3. Una responsabilità per lo Stato.

1. *Tra 'clausola generale' di responsabilità e tipicità.*

Nel capitolo precedente abbiamo seguito le analisi della civilistica esegetica francese ed italiana osservando soprattutto le ricostruzioni inerenti alla colpa del danneggiante. Presentata nelle analisi dogmatiche solo come uno tra gli elementi della responsabilità extracontrattuale, la colpa aveva, come abbiamo visto, capacità assorbente: non era solo il principio indispensabile per l'analisi della condotta del danneggiante, ma era anche il punto di aggregazione del discorso sulla responsabilità, l'elemento attraverso cui gettare luce sull'intera struttura dell'istituto. Inevitabilmente il discorso dei nostri autori, anche nell'analisi degli altri elementi della responsabilità aquiliana, torna a far quindi riferimento alla colpa e pone l'elemento soggettivo della responsabilità come il nucleo teorico attraverso cui filtrare la lettura della nozione del fatto, della ingiustizia del danno ⁽¹⁾, dell'illiceità del comportamento dannoso e della lesione del diritto del danneggiato. Non può, in fondo, essere diversamente. La colpa è l'elemento capace di simbolizzare in una parola sola il concetto di responsabilità, di configurarla con mode-

⁽¹⁾ Com'è noto l'espressione « danno ingiusto », che compare nell'articolo 2043 del vigente Codice civile, ha dato luogo alle analisi più innovative della civilistica italiana dalla fine degli anni Cinquanta sino ad oggi. Noi utilizziamo l'espressione nel senso in cui spesso compare nelle fonti ottocentesche che qui ci interessano: la nozione di ingiustizia in riferimento al danno non prescinde dall'analisi dell'azione del soggetto agente; la qualifica del danno come ingiusto è data proprio in relazione alla colpa di tale soggetto.

razione, con misura: è capace di rispecchiare i diversi valori sottesi alla ricostruzione dell'istituto e di bilanciarli; ha al suo stesso interno polarità divergenti, ma le neutralizza, fornendo strumenti per interpretazioni sia severe, sia indulgenti; è capace, dunque, di proteggere la proprietà senza soffocarla, di ripristinare l'equilibrio proprietario senza incidere a fondo nei meccanismi produttori l'armonia. Il concetto di colpa permette soprattutto ai nostri giuristi delle ricostruzioni 'geometriche', ma al tempo stesso le nega, le tempera: con la sua mutabilità impedisce che l'analisi dei civilisti si irrigidisca in schemi fissi, ed — entro il quadro delle certezze proprietarie — rende perciò possibile l'applicazione della responsabilità ad ipotesi diversissime, senza dar il senso dell'ingiustizia, senza rendere 'brutale' il meccanismo giuridico della distribuzione del peso dei danni.

Queste 'virtù' della colpa sono estranee agli altri elementi della responsabilità aquiliana: volti a considerare il fatto illecito nel suo versante oggettivo, essi rappresentano aspetti rigidi, tendenzialmente propensi a essere inseriti in contrapposizioni nette, in linee tracciate, per dirla ancora col nostro Proudhon, con la squadra ed il compasso. Si può giungere, puntando su tali elementi e capovolgendo l'angolo visuale, guardando cioè la colpa dalla loro prospettiva, ad una ricostruzione della responsabilità aquiliana lineare e rigorosa, ma le conseguenze appaiono sempre troppo severe, poco flessibili, incapaci di dominare la variabilità dei casi di responsabilità.

Si può, ad esempio, osservare in tal senso il danno, che è l'aspetto della responsabilità extracontrattuale forse più trascurato dalla prima civilistica. Manca anche solo un tentativo di una sua attenta analisi (2); e ci si limita a poche nozioni tratte sui suoi caratteri: deve essere certo, patrimoniale — o morale (3) —, diretto, deve essere provato (4). La visione del danno aquiliano diffusa nelle pagine della nostra prima civilistica si può avere, però, lasciando da

(2) Solo con l'opera di Giacomo Venezian avremo una ricostruzione del responsabilità aquiliana ottenuta partendo, diciamo così, dal basso, dalla materialità del danno, dalla indispensabilità di porre sempre e comunque una riparazione ad esso. Cfr. *infra* capitolo VI.

(3) Sulla questione del risarcimento del danno morale cfr. *infra* VIII.4.

(4) Cfr., per tutti, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., V, pp. 213 e ss..

parte tali, più o meno consolidate, distinzioni dogmatiche e scorrendo altre classificazioni, forse concettualmente meno solide, ma più pregne di significati nella prospettiva che guida le analisi sul nostro istituto.

Il danno non è osservabile di per sé, rinvia, per essere compreso, sempre ad altro. Il danno « è qualche cosa che si soffre e non si dovrebbe soffrire » (5); emendabile — si aggiunge a mo' di spiegazione — è, però, il « danno ingiusto », quello arrecato illecitamente, colposamente. Solo l'iniuria e la colpa rendono tale il danno; in loro assenza, avremo un danno « necessario o fatale » (6), giuridicamente inconfigurabile come danno, come un vero danno. A ben guardare, tutta la sfera del danno irrisarcibile rientra in un'unica nozione non dogmatica, quella che, utilizzando l'espressione di un nostro commentatore del Codice, più volte abbiamo indicato come 'danno apparente'. Un danno che è tale solo nella sua materialità, ma che non si presta ad alcuna valutazione giuridica: non può essere trasferito su di un soggetto diverso dal danneggiato, perché nessun meccanismo giuridico può valutare il suo peso come ingiusto e spostarlo su di un altro soggetto. La materialità del danno che non rinvia ad altro, che non si colora di ingiustizia in riferimento alla colpa ha, malgrado la sua concretezza, solo l'apparenza del danno ed è pertanto giuridicamente inconfigurabile come tale. L'impossibilità di dare rilevanza giuridica al 'danno apparente' deriva, a dire dei nostri giuristi, dalla natura stessa delle cose, non riformabile ad opera dell'uomo (7): in base a quale principio si può infatti alterare la naturalezza di un danno 'necessario', 'fatale'?; perché ritenere risarcibile un danno in cui concorre una colpa della stessa vittima?; come si può ritenere ingiusto un danno che è inerente alla tanto esaltata « lotta degli interessi », che è insito nell'« esercizio del diritto » (8)? I nostri civilisti mancano di strumenti concettuali per

(5) L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, § 3050, p. 335.

(6) L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, § 3050, p. 335.

(7) Cfr. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., I, n. 419, p. 316; II, n. 643, p. 4.

(8) L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, § 3049, p. 334.

affrontare il danno liberandolo da tali schemi, non riescono a guardarlo svincolato dai meccanismi della colpa, o a non apprezzarlo come una dolorosa necessità dell'equilibrio proprietario.

Valutato entro tale prospettiva, si comprende come il danno 'meramente' materiale possa, in un eccesso di sincerità, essere rappresentato, da un nostro giurista addirittura come « giusto e meritato »⁽⁹⁾. Il termine « giusto » trova forse una spiegazione solo in opposizione alla qualificazione del danno risarcibile come « ingiusto » — ingiusto perché prodotto con *iniuria* e colposamente —; ma, occorre chiedersi, per quale motivo un tale danno — danno fatale, danno necessario — è definito anche come « meritato »? L'affermazione è meno innocua di quanto non possa apparire a prima vista: fa trasparire infatti una nozione della stessa 'fatalità' del danno che è tributaria del concetto di colpa. Chi subisce il danno necessario, il danno fatale, chi soccombe nella lotta degli interessi, chi subisce danno dall'esercizio di un diritto, 'si merita' il danno, perché in fondo deve essere considerato colpevole: colpevole perché poco attento, poco oculato, negligente, colpevole perché parte debole nella necessariamente spietata lotta degli interessi. Il danno subito dalla vittima può essere, dunque, rappresentato come « meritato e giusto », perché, a ben cercare, il danneggiato stesso deve attribuire a se stesso una colpa: non è vittima, ma autore del male ricaduto sulle sue spalle.

Tale convinzione traspare anche da talune applicazioni esasperate del principio per cui non è considerato danno quello sopportato per propria colpa: è sufficiente — si sostiene — che vi sia da parte del danneggiato anche una colpa lievissima affinché il danno divenga completamente irrisarcibile, e ciò anche nel caso in cui il danneggiante abbia arrecato il danno dolosamente. Il danno subito con il concorso di colpa, anche lievissima, della vittima non è infatti classificabile giuridicamente come danno: è solo un « niente », e il niente non può essere compensato, addossato sia pur parzialmente all'autore di quella ingiustizia materiale che il civilista non può redistribuire in alcun modo⁽¹⁰⁾. È sufficiente, dunque, il concorso di

⁽⁹⁾ L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, § 3049, p. 334.

⁽¹⁰⁾ « E se colui ch'è concorso interveniva per dolo, mentre chi pativa la perdita vi

una colpa lievissima della vittima, è sufficiente una sua trascurabilissima negligenza, una sua leggerissima disattenzione affinché il male subito venga a trasformarsi in un 'niente', non trasferibile su altri soggetti, anche se autori dolosi del danno.

Una linea molto tenue separa questa ipotesi dalle altre di danno irrisarcibile perché prodotto, ad esempio, dal caso fortuito o dalla forza maggiore: l'apprezzamento giuridico della non trasferibilità del danno su soggetti diversi dalla vittima riposa sulla convinzione dell'esistenza di una 'giustizia' del caso, di una distribuzione 'meritata' dei mali. Il fondamento sostanziale della irrisarcibilità di quei danni sta, dunque, ancora implicitamente nella colpa, nella scelta dei soggetti liberi ed uguali, nella loro capacità di determinare con i soli loro meriti ricchezza o povertà. La scelta del giurista appare forse spietata e crudele, ma è perfettamente all'interno della logica del sistema, conforme alle esigenze dell'armonia dell'equilibrio tra proprietari, ed è inseribile senza traumi nella linearità del discorso civilistico.

A guidare l'osservazione dei nostri giuristi su tutti i danni non risarcibili secondo i meccanismi aquiliani affiorano le stesse convinzioni: essi giuridicamente sono « niente »; quel niente, valutato nella sua materialità, non è percepito come ingiusto, perché appare 'meritato'. Sul fondo, a indirizzare la ricostruzione c'è ancora la colpa: il riferimento ad essa è spesso inconsapevole o implicito, ma torna sempre puntuale, anche quando formalmente il discorso verte altrove, sul danno, sul caso fortuito, sulla illiceità del fatto. Gli elementi della responsabilità finiscono tutti con l'essere sintetizzati

aveva contribuito per colpa lievissima: ciò non era, né può essere buona ragione, perché l'autore del danno doloso sia tenuto a prestarne riparazione anche in menoma parte. Il niente non può essere distribuito in parti né diviso; e si è già detto che non riguardarsi come danno ciò che taluno patisce per colpa propria»: così G. VIGNALI-G. SCALAMANDRÈ, *Commentario al Codice civile italiano*, cit., IV, p. 635. Cfr anche G. DELVITTO, *Commentario teorico pratico del Codice civile*, cit., IV, p. 208: « Ove il danno fosse dato per colpa comune tanto a colui che lo recò, come a colui che lo soffrì, naturalmente non vi ha responsabilità. Colui che lo soffrì deve infatti imputare a se stesso il danno sofferto; senza la sua colpa egli non avrebbe sofferto il danno, quindi non basta la colpa altrui a determinare la responsabilità. La circostanza che uno solo avrebbe sofferto il danno non può avere importanza dal momento che questi non recò danno colla sola sua colpa » Si tratta evidentemente di una interpretazione estrema, anche se significativa, del principio.

nel solo richiamo all'elemento soggettivo: indugiare sul fatto, indugiare sul danno appare superfluo, perché è superfluo insistere su aspetti materiali, banali e scontati, assumibili nell'empireo della ricostruzione giuridica solo illuminandoli con altri riferimenti, solo spiegandoli al di fuori della loro insignificante materialità. Gian Pietro Chironi sarà, in fondo, solo un corretto interprete delle convinzioni sparse nella paleocivilistica esegetica, quando nella sua sistematizzazione espellerà, come aspetto ridondante ed inutile, il danno dagli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana ⁽¹¹⁾.

Di fronte alla semplicità e all'ampiezza del principio della colpa, appare quasi inutile l'analisi degli altri elementi della responsabilità, tutti appaiono assorbiti in essa, tutti gli gravitano attorno e si spiegano realmente guardando ad essa. Quanto si verifica per il danno accade anche per l'elemento della illiceità, della *iniuria*, dell'aver — come scrivono i nostri civilisti — offeso ingiustamente altri. Una illiceità che è rappresentata in una duplice veste: quella della violazione del diritto altrui, e quella dell'aver agito *non jure* ⁽¹²⁾.

Aver agito *non jure* significa per i nostri giuristi non aver agito nell'esercizio di un diritto. Abbiamo già sfiorato questo tema prima di inoltrarci in quello della colpa, ed abbiamo presentato l'esercizio del diritto come il grande confine posto di fronte alla generalità del principio di responsabilità per colpa; un confine invalicabile, pena la distruzione del sistema delle armonie sociali che il meccanismo della responsabilità era chiamato non a correggere o ad ostacolare, ma semplicemente a ripristinare nel loro ordinato funzionamento e a tutelare. La rigidità dell'argine posto alla responsabilità per colpa è, in questo caso, indispensabile: l'assolutezza del principio *qui jure suo utitur neminem laedit* non deve ammettere eccezioni, non deve prestarsi ad esser scalfito in alcun modo. È, come abbiamo visto, il

⁽¹¹⁾ Cfr. *infra*, cap. V.

⁽¹²⁾ Accade spesso che i diversi elementi vengano, senza tante sottigliezze, assimilati all'interno di un unico discorso: « Affinché un fatto dell'uomo dia l'azione di danno, conviene che sia illecito, cioè che sia inferto per colpa; e non essere dal canto dell'autore l'esercizio di un suo diritto, od il compimento di un'obbligazione legale, poiché quegli il quale fa uso di un suo diritto entro i giusti limiti non è responsabile del danno che ad altri deriva ». Così J. MATTEI, *Il Codice civile italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento alle leggi romane e delle disposizioni dei Codici francesi, sardo, napoletano, parmense, estense ed austriaco*, IV, Venezia, Haratovich, 1874, pp. 125/126.

presupposto necessario del discorso dei nostri autori: il rigore della colpa non deve essere contrapposto all'esercizio del diritto, non deve valutare gli atti commessi *jure*, pena la fine del diritto, la vittoria di una discrezionalità assoluta del giudice e la scomparsa di ogni certezza nel godimento dei diritti. Anche la non illiceità degli atti commessi nell'esercizio del diritto appare, però, un requisito troppo rigido, troppo severo: accade così che nel corso dell'analisi i nostri giuristi tentino, di fronte all'ingiustizia del caso concreto, di scalfire la linearità del confine posto all'operare del principio della colpa con il riferimento a concetti più elastici. Ed è lungo questa via che si giunge al dibattito — cui faremo cenno in seguito — sui 'giusti limiti' da porre all'esercizio del diritto, sull'esigenza di non 'abusare' del proprio diritto ⁽¹³⁾.

E veniamo all'altro aspetto della *iniuria*, l'aver offeso un diritto altrui. Com'è noto, la scelta dell'articolo 1151 è quella di enunciare un'ampia regola generale di responsabilità che non individua tipicamente i beni protetti. Si è osservato che la diversità tra sistemi fondati sulla tipicità e sistemi fondati sull'atipicità dell'illecito non va però esasperata. Non è vero, ad esempio, che nei sistemi fondati sulla regola generale la responsabilità sia affermata necessariamente in casi più numerosi, perché comunque la regola generale non è intesa nel senso che ogni fatto dannoso è illecito: limitazioni articolazioni, specificazioni del principio sono introdotte dall'interprete la cui attività non sta certo « nello sviluppo sistematico di complessi di proposizioni inserite nel vuoto » ⁽¹⁴⁾.

In quale direzione si muovono le indispensabili precisazioni, le specificazioni del principio generale di responsabilità operate dai giuristi nel periodo che qui ci interessa? L'espressione 'qualunque fatto' dell'articolo 1151 è da intendere, si dice, come 'qualsiasi violazione di diritto'; la norma del Codice accorda una protezione giuridica non a meri interessi danneggiati, ma a diritti ⁽¹⁵⁾, è lì a

⁽¹³⁾ Cfr. sul punto il paragrafo seguente.

⁽¹⁴⁾ P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, 1970, pp. 92-93.

⁽¹⁵⁾ Cfr. E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 100.

proteggere « la somma dei diritti di ciascuno » (16). Una somma composta da diritti ben individuati: « aver salva la persona, salvo il patrimonio, e salva benanche la facoltà di procacciare per modi leciti miglioramenti nelle condizioni del patrimonio stesso e della propria persona » (17). Insomma, la regola generale copre con il suo manto una serie di diritti soggettivi affermati *erga omnes*. Tale tipicizzazione della 'clausola generale di responsabilità' può apparire particolarmente rilevante solo se il dibattito ottocentesco è ricostruito più guardando alle esigenze dogmatiche odierne, che cercando di comprendere il discorso dei civilisti del periodo. La tipicizzazione non implica nel periodo scelte particolarmente significative: il riferimento pressoché esclusivo ai beni proprietari è implicito nel sistema del Codice e nella visione della responsabilità quale congegno di salvaguardia delle armonie economiche e di quelle del diritto (18); l'esigenza di specificare la tutela accordata dall'articolo 1151 in relazione a tali diritti è avvertita non come una scelta della ricostruzione dogmatica, ma come una necessità, come un presupposto necessario all'articolazione del discorso giuridico.

Il punto rilevante nell'analisi dei nostri giuristi è dunque un altro: accentrando l'attenzione sul diritto dell'offeso, piuttosto che

(16) G. VIGNALI-G. SCALAMANDRÈ, *Commentario al Codice civile italiano*, cit., IV, p. 632.

(17) G. VIGNALI-G. SCALAMANDRÈ, *Commentario al Codice civile italiano*, cit., IV, p. 632.

(18) Il problema del superamento di una tutela dei soli diritti soggettivi attraverso l'utilizzazione del principio generale di responsabilità posto dall'articolo 1151 non è mai affrontato esplicitamente dai nostri giuristi (la questione ha costituito e costituisce, come si sa, uno dei nodi teorici più rilevanti della civilistica contemporanea alle prese con il dettato dell'articolo 2043 del Codice civile del 1942).

Non mancano indubbiamente i casi in cui il riferimento al principio del *neminem laedere* spinge ad accordare una tutela, spesso provvida, nei confronti del 'diritto leso' senza che sia ben chiara quale sia, e se ci sia, un diritto. Tali ipotesi nascono, come vedremo, non dal consapevole superamento della specificazione della 'clausola generale di responsabilità' nel diritto soggettivo, non dunque dalla rinuncia alla visione di una protezione accordata alla 'somma dei diritti', bensì dalla diversa esigenza di accordare una riparazione ad una ingiustizia presente nell'ordinamento, di ristabilire l'impero del diritto violato ingiustamente: il caso più tipico riguardò indubbiamente la giurisprudenza che accordava il risarcimento in caso di seduzione. Per chiarimenti sul punto cfr. *infra* VIII.5 (sul danno da seduzione); e IX.4.2 (riguardo alle riflessioni di Francesco Carnelutti sull'argomento).

su quello del soggetto agente, si possono allargare le maglie della tutela aquiliana e ridimensionare la prospettiva assolutistica ottenuta ponendo in relazione la colpa solo con il diritto dell'agente. Concentrando l'attenzione soprattutto su uno dei due poli dell'*iniuria*, si torna, in altri termini, ad annaspere tra le grandi scelte presenti nel giudizio di responsabilità: si passa così dalla generalizzata esaltazione della tutela accordata dal principio di diritto naturale del *neminem laedere* (concretamente specificato solo nella tutela di diritti tipicizzati) all'impossibilità di una qualsiasi tutela per quei danni prodotti dall'esercizio del diritto, dall'indispensabilità di dare sempre una riparazione al diritto offeso alla non meno necessaria esigenza di garantire la libertà 'assoluta' di godere e di disporre insita nella proprietà. Alla fine il punto di raccordo tra i diversi aspetti finisce per essere ancora una volta la colpa.

In altre parole: nessuno dei nostri giuristi riesce a configurare esplicitamente il principio generale come svincolato dalla protezione di un diritto particolare; la scelta significativa per essi è un'altra: quella tra una visione della illiceità espressa concentrando l'attenzione più sulla lesione del diritto, sulla tutela del diritto leso, che sul diritto del danneggiante. E lo si sottolinea esplicitamente: « Per giudicare (...) se un fatto sia lecito od illecito, ci sembra non debba guardarsi tanto al diritto dell'agente, quanto a quello della persona presa di mira col fatto stesso. In altri termini: agendo io, od omettendo di fare qualche cosa, ho violato il diritto altrui? Se sì, il fatto è illecito; se no, il fatto è a ritenersi lecito » (19). È, in qualche modo, un guardare il problema della responsabilità dal punto di vista della vittima, ponendo in primo piano l'esigenza della riparazione per il diritto leso. Il discorso conduce ad una assolutizzazione del principio di responsabilità per colpa che stenta a convivere con le limitazioni imposte preliminarmente al principio. Ogni lesione del diritto rappresenta — si dice — un delitto (20); per vedere se esiste una responsabilità bisogna domandarsi solo una cosa: « y a-t-il un droit lésé? ». Ed occorre rispondere guardando solo al diritto leso, all'importanza della sua tutela da parte dell'ordinamento: « Toute lésion d'un droit donne lieu à responsabilité, peu importe qui a lésé

(19) F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, VI, pp. 118/119.

(20) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 404, p. 422.

le droit » (21). Lì dove il riferimento ad uno specifico diritto leso non è tanto rilevante entro l'ottica scontata del conflitto, diciamo così, tra tipicità e clausola generale di responsabilità, ma semplicemente entro una prospettiva volta a configurare la responsabilità come « une règle universelle », capace di riparare ogni lesione (22).

Guardando al diritto leso, si tende implicitamente ad attenuare l'assolutezza della visione fondata sul 'diritto dell'agente' e a porre riparo alle ingiustizie cagionate da una applicazione assolutistica del principio della liceità dei danni cagionati nell'esercizio del diritto. Non si mira, certo, a fare a meno della colpa, ma a farla interagire diversamente collegandola in primo luogo non con il diritto dell'agente, ma con la tutela del bene leso. Giova considerare la questione accennando ad un ipotesi di scuola, ricorrente nelle pagine dei nostri giuristi. Un estraneo si introduce in un fondo, non gravato da alcuna servitù di passaggio, e viene ferito da un oggetto lanciato dalla finestra dal proprietario della casa sita su tale terreno. Dovrà il proprietario essere considerato civilmente responsabile per il ferimento o per l'uccisione di colui che arbitrariamente si era introdotto nel terreno? Certo che no, risponde Proudhon, per un duplice ordine di ragioni: il proprietario aveva il diritto di gettare l'oggetto sul suo terreno; il danneggiato non aveva il diritto di passare nel luogo in cui è stato colpito. La valutazione della colpa va dunque effettuata in esclusivo riferimento alla vittima e, si sa, *quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (23). Il principio, si replica, è formulato in maniera troppo assoluta da Proudhon: abbia o non abbia l'estraneo il diritto di passare per il mio fondo, io non ho in nessun caso il diritto di ferirlo colposamente. Anche nel danneggiante è dunque possibile riscontrare una colpa ed occorrerà valutarla confrontandola con quella del danneggiato (24). Nel giungere alla valutazione della colpa, delle colpe,

(21) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 426, p. 448.

(22) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 426, p. 448.

(23) J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, cit., n.1487, p. 175. Per i commentatori del codice civile italiano si cfr. per tutti J. MATTEI, *Il Codice civile italiano nei singoli articoli*, cit., IV, p. 131.

(24) « La faute de celui qui souffre le dommage ne fait donc pas cesser nécessairement la faute de celui qui la cause par son fait; c'est un élément du débat que le juge

occorrerà tenere conto del diritto leso e non solo del diritto dell'agente, pena il raggiungimento di principi caratterizzati dalla « enormità » delle loro conseguenze ⁽²⁵⁾.

Mutando la prospettiva di osservazione, muta la configurazione della responsabilità, l'ampiezza della tutela accordata alla vittima e si restringe la assolutezza della visione della irresponsabilità per il danno arrecato nell'esercizio, nel presunto esercizio, del diritto: in quest'ordine di valutazioni, la colpa è chiamata a giocare un diverso ruolo, cresce la sua sfera di valutazione e cresce l'ampiezza della discrezionalità affidata al giudice. Allo stesso modo la configurazione della responsabilità quale riparazione per la lesione del diritto spinge Laurent a stabilire senza nessun tentennamento la responsabilità della pubblica amministrazione. Anche in questo caso la visione dei danni cagionati dagli atti della pubblica amministrazione fondata sulla preminenza del diritto dello Stato danneggiante, anziché su quello del bene leso, è da respingere. Se vi è responsabilità in tutti i casi in cui vi è lesione del diritto, se di fronte a tale lesione non ha alcuna importanza chi abbia leso il diritto, si dovrà necessariamente concludere per la piena configurabilità della responsabilità civile dello Stato: « Qu'importe que l'Etat exerce un droit en agissant dans l'intérêt de tous? Il ne peut, au nom de l'intérêt général, léser un droit individuel. Qu'importe encore que l'administration ne soit coupable d'aucune imprudence? L'Etat est en faute, dans le sens de l'article 1382, dès qu'il cause un dommage en lésant un droit » ⁽²⁶⁾. E non è un caso che a conclusioni diametralmente opposte si giungesse guardando la questione dall'altro polo, dal versante dello Stato e dell'esercizio del suo diritto ⁽²⁷⁾.

doit prendre en considération pour apprécier s'il y a faute et quelle est la gravité de la faute » (LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 486; p. 516)

⁽²⁵⁾ F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, cit., p. 118.

⁽²⁶⁾ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 433, p. 456. Naturalmente è fuori da ogni discussione l'inconfigurabilità del concetto di illiceità a fronte della lesione di un « semplice interesse ». Tra i civilisti italiani cfr., per tutti, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., V, pp. 478/479: « ...ogni responsabilità di fatto illecito proprio o non proprio, richiede oltre la colpa e il danno, anche la lesione del diritto; perché dove havvi offesa di semplice interesse e non di diritto, manca il carattere essenziale dell'atto illecito ».

⁽²⁷⁾ Sulla questione cfr. *infra* III.3; IV.4.4/5 e tutto il capitolo XI.

Dalla visione degli altri elementi della responsabilità aquiliana si giunge inevitabilmente ad affrontare l'esigenza di stabilire un bilanciamento tra i diversi beni in causa nel giudizio di responsabilità. Il principio generale di responsabilità, il principio di diritto comune ritenuto valido per tutte le ipotesi, applicabile a tutte le lesioni reputate ingiuste, finisce con lo specificarsi, nell'operare tale bilanciamento, attorno all'elemento più incline al compromesso, capace di operare la sintesi tra i diversi valori: e si giunge ancora alla colpa, attraverso un gioco di rinvii che pone confini assoluti ed invalicabili e poi li sposta, li attenua, li fa saltare. I veri confini invalicabili appaiono, in realtà, non tanto quelli ottenuti dal rigore dell'analisi dogmatica quanto quelli determinati — come vedremo meglio in seguito — dalla visione complessiva delle funzioni del nostro istituto e da quella dei principi del diritto comune civilistico quale complesso di regole uguali destinate a soggetti uguali ⁽²⁸⁾.

2. Qui iure suo utitur neminem laedit.

In questo assetto complessivo degli elementi della responsabilità tutto gravitante sulla colpa i singoli principi possono essere enunciati come assiomi indiscutibili e si possono ascoltare i nostri giuristi in una stanca ripetizione delle stesse massime; il punto centrale del discorso finisce però per essere spostato fuori dal principio enunciato, rinviando ancora alla flessibilità del principio della colpa: lo esige la stessa ricostruzione della responsabilità come regola applicabile a tutte le ipotesi, come regola di diritto comune valida per sempre, immutabile, come principio applicabile a tutti i nuovi casi; lo impone l'impossibilità di dominare senza palesi ingiustizie con criteri rigidi le diversissime ipotesi di danneggiamento.

Un assioma ripetuto con insignificanti variazioni da tutti i nostri giuristi è quello per cui *qui jure suo utitur neminem laedit* ⁽²⁹⁾. Per

⁽²⁸⁾ Ma lo scontro tra una tale visione della responsabilità e i mutamenti sociali intervenuti nell'Italia postunitaria non è questione che preoccupi la prima civilistica italiana di cui ci stiamo qui occupando, mentre sarà il tema centrale della civilistica neoterica.

⁽²⁹⁾ Cfr., a mo' d'esempio, E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., III, 2, p. 47; SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., I, n. 419, p. 316.

avere una violazione del diritto altrui è indispensabile — si dice — che l'atto del danneggiante costituisca una violazione del diritto; è logicamente impossibile — si prosegue — che vi sia la violazione di un diritto in presenza di un diritto, che le armonie del diritto contrastino non nella mera materialità, ma a livello più alto dei principi, provocando l'impossibile scontro tra quelle assolutezze garantite una volta per sempre e per tutti. Sappiamo quanto importante fosse lo stabilire con nettezza tale massima di fronte al principio di responsabilità, e quindi come fosse importante fissare nell'esercizio del diritto — diritti che nel loro legittimo conflitto producono, non dimentichiamolo, ordine e stabilità — il limite invalicabile del controllo operato dalla colpa.

Se, per un verso, si tende a classificare il danno subito dall'esercizio del diritto come un danno solo apparente, giuridicamente irrilevante ⁽³⁰⁾, e si tiene a precisare l'impossibilità di controllare il diritto perché ogni controllo sul suo esercizio equivarrebbe ad una sua negazione; il rigore di tale affermazione è, però, per un altro verso, ancora una volta attenuato in relazione ad un bilanciamento dei beni protetti che torna ad assumere a suo momento centrale il solo principio della colpa, inteso in senso molto ampio.

I nostri giuristi non negano, certo, che « nella lotta degli interessi, l'esercizio del diritto reca danno e talvolta gravissimo »; un danno che — come sappiamo — è giudicato naturale, necessario, giusto, 'meritato'. Ma non riescono ad accettare tutte le conseguenze di una tale affermazione e a rimanere impotenti a contemplare i danni cagionati dall'esercizio del diritto, senza verificare in alcuna maniera le modalità del suo esercizio. Il filtro che permette di trasformare giuridicamente il male del danno nel risarcimento tende allora, inevitabilmente, ad allargare la sua azione, sino a superare quanto stabilito dalle norme codificate riguardo alle condizioni entro cui è possibile arrecare danno ad altri, sino a diventare il sostanziale momento di verifica di tutte la normativa dell'ordinamento.

Se il principio di responsabilità non può restare sempre impo-

⁽³⁰⁾ Cfr. G. VIGNALI-G. SCALAMANDRÈ, *Commentario al Codice civile italiano*, cit., IV, p. 635: « ...apparente è il danno, qualora consista in un detrimento che inevitabilmente si apporta ad altri esercitando un proprio diritto legittimo ».

tente di fronte ad alcune palesi ingiustizie ‘materiali’ provocate dall’esercizio del diritto, occorrerà operare delle distinzioni, ponendo al centro dell’attenzione proprio le modalità d’uso del diritto: « nell’esercizio del diritto bisogna serbare — si scrive — garbo e misura; regolare e prudente deve esserne l’esercizio... » ⁽³¹⁾; « un fatto lecito, sebbene arrechi un danno, non porta con sé responsabilità di sorta. *Qui jure suo utitur neminem laedit*; quindi il danneggiato da un fatto lecito non avrebbe diritto di lagnarsene, a senso dell’articolo 1151 del Codice civile. Nell’apprezzamento però dell’esercizio dei propri diritti (...) bisognerà pur anche alcune volte esaminare l’intenzione di chi esercita un diritto... » ⁽³²⁾. Partendo da

⁽³¹⁾ L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, § 3049, p. 334.

⁽³²⁾ G. DELVITTO, *Commentario teorico pratico del Codice civile*, cit., IV, pp. 205/206. L’affermazione più ampia riguardo ai ‘giusti limiti’ entro cui esercitare il diritto viene spesso specificata in relazione ad un solo suo aspetto: « Per tesi generale però noi crediamo che si possa accettare la massima che esiste responsabilità quando l’agente opera nel solo intento malvagio di danneggiare, e non per suo vantaggio o dovere, sebbene non sia in lotta con lo stretto diritto. Che se uno agendo anche coll’intenzione di nuocere, però nello stesso tempo usò d’un suo diritto traendone anche un vantaggio, sebbene questo sia assai inferiore al male che reca, non può dirsi che egli incorra in alcuna responsabilità ». Cfr. sul punto SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., I, n. 439; p. 334: « Nous pensons(...) qu’il y aurait véritablement faute et délit, dans le sens de l’article 1382 du Code civil, de la part de celui qui, ayant plusieurs manières d’exercer son droit, aurait choisi, sans nécessité et dans le dessein manifeste de nuire, celle qui peut être préjudiciable à autrui ». Affermazione che per l’Autore è conforme al principio morale sotteso al principio generale posto nell’articolo 1382 del *Code civil*: « (...) l’exercice de nos droits doit toujours être limité par les principes divins de la charité qui nous commandent de ne point faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qui nous fût fait, et de leur procurer même tout le bien que nous pouvons sans nous nuire personnellement ». La prima affermazione, estremamente diffusa anche nella prima civilistica italiana — oltre agli autori già citati, cfr. T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, cit., VI, p. 471 —, riprendeva letteralmente quanto stabilito dai paragrafi 36 e 37, del Titolo sesto (*Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen*) della prima parte dell’*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*: § 36: « Wer sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf den Schaden, welcher einem Andern daraus entstanden ist, nicht ersetzen »; § 37: « Er muss aber denselben vergüten, wenn aus den Umständen klar erhellet, dass er unter mehreren möglichen Arten der Ausübung seines Rechtes diejenige, welche dem Andern nachtheilig wird, in der Absicht, denselben zu beschädigen, gewählt habe ».

tali assunti, il principio di responsabilità per colpa viene implicitamente utilizzato come 'sanzione morale' del danneggiante anche nel caso in cui questi invochi una norma per giustificarsi. Siamo, in fondo, nella stessa linea di pensiero che porterà, negli anni tra Otto e Novecento, la dottrina francese a far della teoria dell'abuso del diritto uno strumento di correzione del testo normativo codicistico in funzione dello 'spirito' animatore del sistema ⁽³³⁾.

Seguire la tematica qui accennata significa ripercorrere i dibattiti in tema di immissioni e atti vessatori ⁽³⁴⁾, ma nella nostra prospettiva possiamo accontentarci di notare soltanto i riflessi di tali problematiche nella costruzione del nostro istituto. L'esigenza che traspare dai diversi scritti è quella di sottrarre il principio generale di responsabilità ad una completa inattività a fronte di diritti riconosciuti come assoluti: il godimento del bene nella maniera 'più assoluta' è un non senso se svincolato dai sacrifici, dalle restrizioni imposte dalla vita sociale; e, in quest'ottica, è facile spingere il principio della colpa anche sul terreno degli atti non commessi *contra jus*. Quanto più si è convinti, del resto, della possibilità di poter accordare attraverso il meccanismo della responsabilità di diritto comune una garanzia a tutti i diritti lesi, tanto più si tenderà ad accrescere la richiesta della tutela insita nella normativa degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile.

Le direzioni di indagine potranno poi essere variegate. L'indagine soggettiva della colpa dell'agente è spesso utilizzata per verificare le intenzioni dell'agente anche in presenza di una situazione in

⁽³³⁾ Cfr. soprattutto L. JOSSEMAND, *De l'esprit des droit et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1939. Per una visione meno 'assolutistica' della teoria cfr. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, cit., I, pp. 53 e ss.. In generale sulla questione è sufficiente rinviare a C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 1979. L'esigenza di instaurare una linea di continuità tra le teorie sull'abuso di diritto formulate a partire dalla fine del secolo ed alcune convinzioni presenti nella civilistica esegetica è accennata in P. BETTREMIEUX, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, cit., pp. 14 e ss..

⁽³⁴⁾ Per una visione dei dibattiti sulla questione cfr. soprattutto, L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III e IV, livre III, du Code Napoléon*, cit., V, art. 1382/1383, nn. 11 e ss., pp. 692 e ss.. Tra i civilisti italiani cfr. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, § 3050, pp. 339 e ss..

cui tale analisi appariva, in base agli stessi elementi della responsabilità fissati dai nostri giuristi, impossibile, dal momento che non si era di fronte ad un danno qualificabile come giuridico ⁽³⁵⁾. Insomma, per porre riparo ad ‘danni ingiusti’ arrecati *jure* si tende a ricondurre alla nozione di fatto colposo fattispecie che si prestavano ad una simile inquadramento solo a costo di palesi forzature interpretative.

Ad esempio, per accordare il risarcimento del danno (anche morale) a chi aveva subito una esecuzione in virtù del titolo dato da una sentenza provvisoriamente esecutiva poi non riconfermata nel giudizio di appello, si tendeva a configurare una colpa nel comportamento di chi procedeva ‘incautamente’ all’esecuzione in base ad un titolo sottoposto a ‘condizione risolutiva’ ⁽³⁶⁾: « L’eseguibilità provvisoria — si afferma — è accordata a rischio e pericolo di chi la richiede; onde, se essa è revocata, deve la parte che l’ottenne risponderne delle conseguenze. (...) Può ora concepirsi una esecuzione senza il diritto da parte di chi vi procede? Come dunque può non ritenersi in colpa colui che procede ad atti esecutivi, mentre gli manca il diritto che vuole eseguire? Questa colpa può, se vuoi, essere anche leggiera, in vista della buona fede di colui che ha creduto di avere il diritto, mentre non lo aveva; ma una colpa leggiera e sempre una colpa e non può quindi non creare una responsabilità civile » ⁽³⁷⁾. La difficoltà di attribuire una colpa a chi procedeva all’esecuzione non mancava di sollevare obiezioni da

⁽³⁵⁾ È quanto, col solito rigore, tiene a precisare Vittorio Scialoja: « quando manca l’elemento oggettivo del danno è perfettamente inutile l’andare esaminando l’elemento soggettivo, almeno per dritto civile. Qualunque possa essere l’intenzione dell’autore del fatto, quando questo fatto non costituisce danno giuridico, egli non deve rispondere delle conseguenze » (V. SCIALOJA, *Nota a Corte d’Appello di Torino*, 12 aprile 1880, in *Il Foro italiano*, 1880, I, c. 1041).

⁽³⁶⁾ Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit, V, p. 226: « È stato domandato, se il litigante, il quale porta a esecuzione la sentenza munita di clausola che autorizzava l’eseguibilità provvisoria, soggiaccia ai danni, qualora la sentenza medesima venga revocata. E il dubbio è nato dal supporre che egli così facendo usi di un suo diritto. Ma questo è un equivoco. L’autorizzazione infatti di eseguire provvisoriamente la sentenza, non si converte in diritto definitivo finché la sentenza non sia confermata: prima di questo momento è un diritto sotto condizione risolutiva a rischio e pericolo del litigante ».

⁽³⁷⁾ F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, cit., pp. 119 e ss.

parte di quanti si opponevano ad una visione così ampia e assorbente del concetto: « La nozione giuridica della colpa si ha imprescindibilmente nel fatto *contra jus*. Il fatto che *nel momento in cui viene compiuto* non è *contra jus*, ma è solennemente legittimato da una declaratoria giudiziale, non può dirsi fatto colposo senza offendere i principii scientifici universalmente rispettati » (38).

Altri civilisti cercano vanamente di sottrarsi a questa disputa: ritenere possibile che l'esercizio del proprio diritto possa comunque condurre alla violazione del diritto altrui, significa andare incontro a conseguenze assurde e voler ridurre la massima *qui jure suo utitur neminem laedit* ad « un puro giuoco di parole » (39). Il criterio per distinguere prontamente il danno arrecato *jure* da quello arrecato *iniuria* è più semplice di quanto non si ritenga: « consiste unicamente nell'investigare, se da parte dell'offeso esisteva un diritto, con cui era garantito ciò che ha perduto. Invero non havvi diritto contro diritto (...) non potendo la legge proteggere contemporaneamente l'interesse del danneggiato, e l'interesse contrario del danneggiante. (...) Se dunque l'uso del diritto proprio presuppone necessariamente la mancanza del diritto contrario, il criterio che andiamo cercando consisterà nel vedere, se dal lato del danneggiante esiste un diritto o un semplice interesse » (40). Posta in questi termini la questione

(38) « È vero che l'appello potrà rovesciare la sentenza a noi favorevole; ma forse l'avversario non ha peranco a volersi giovare del rimedio, e noi abbiamo urgente bisogno di realizzare quello che credevamo già prima nostro diritto e che dopo la vittoria in prima istanza crediamo tale con più solida fede. È vero che l'appello potrà esserci contrario, ma chi può giurare che non otterremo la cassazione della mal pronunciata sentenza, ed un miglior giudizio dinanzi al magistrato di rinvio? Di fronte a tutto ciò puossi sostenere che l'avvenuta riforma *fa prova* della malafede dell'esecutante, e cioè del difetto in lui di coscienza del buon diritto? Se non erriamo, la rettorica ha preso il sopravvento sul rigore del ragionamento scientifico, ed oltre al suo vizio congenito di essere rettorica e non dottrina giuridica, ha il gravissimo inconveniente di portare nei litigi la prospettiva di continue complicazioni, ossia di reclami e contro-reclami ad ogni fase del giudizio per indennità da prestarsi dal primo vincitore al soccombente; poi, mutate le parti, da questo a quello; indi, di nuovo nel primo senso, e così senza limite » (Così L. MORTARA, *Nota a Corte d'Appello di Venezia*, 18 febbraio 1877, in *Il Foro italiano*, 1877, I, cc. 504/505).

(39) G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit, V, p. 225

(40) « Diritto intendiamo, godimento di utilità garantito dalla legge; semplice interesse, godimento di utilità non garantito dalla legge » (G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit, V, p. 225).

tornava però ad essere ridotta ad una mera dichiarazione di principio e la soluzione concreta dei casi di ingiusto danneggiamento era ancora tutta da affrontare ⁽⁴¹⁾.

Il principio della responsabilità per colpa tende, insomma, a debordare dai confini assegnatigli, determinando confusioni ed incertezze. È ancora Enrico Lai, il civilista sardo la cui analisi della responsabilità abbiamo collocato allo spartiacque tra civilistica paleoesagetica e civilistica neoterica, a denunciare i « circoli viziosi » che caratterizzavano sul punto gli studi dei civilisti: « Che il danno che deriva agli altri dall'esercizio del nostro diritto non sia materia di risarcimento, non v'è alcuno che lo neghi. Eppure, accanto a questo principio, vediamo stabilita la regola che a noi, per l'esercizio del nostro diritto, è lecito di fare quel che vogliamo, purché però non si rechi danno agli altri. In tal modo il concetto del diritto si chiude in un circolo vizioso, si confonde la lesione col danno, ed è perciò che nelle numerosissime decisioni che ci offre la giurisprudenza in materia di delitti e quasi delitti, vediamo regnare una tale incertezza di criterio da non poter ricavare una massima, che possa estendersi da un caso all'altro » ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ La ricostruzione di Giorgi si fonda sulle stesse petizioni di principio presenti in Laurent: « Celui qui n'use que de son droit, dit-on, ne commet aucune faute; s'il en résulte quelque dommage pour autrui, c'est un malheur que l'auteur du fait n'est pas tenu de réparer et qu'il n'est pas même censé avoir causé. Voilà ce que dit Toullier, et on retrouve la même explication dans tous les auteurs. Rien de plus exact, pourvu que l'on sous-entende que celui qui cause un dommage en usant de son droit ne lésé aucun droit » (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 409; p. 426). Occorre però specificare: « Abuser d'un droit, c'est ne pas en user. On dit bien que le propriétaire a le droit d'user et d'abuser; cela est vrai en tant que l'abus ne nuit qu'au propriétaire, mais s'il abuse de son droit dans le but de nuire, il est responsable du dommage qu'il cause, car la loi accorde des droits aux hommes parce qu'ils leur sont nécessaires pour leur vie physique, intellectuelle et morale, elle ne leur accorde pas de droits pour satisfaire leurs mauvaises passions. Donc l'abus du droit n'est plus un droit » (*ibidem*, n. 411; p. 428).

⁽⁴²⁾ E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 5. Cfr. anche p. 28: Lai critica in particolare la confusione determinata da quanti intendevano la regola enunciata nel senso della « impossibilità di arrecare danno ad altri nell'uso del diritto »: « la falsità di questo concetto è chiara e patente. Pur troppo l'uso delle cose è limitato e ristretto in modo che il godimento dell'uno va spesso volte a pregiudizio dell'altro, e se è vero in astratto che il diritto di tutti sono armonicamente combinati in maniera che ciascuno abbia una uguale sfera di attività e quindi non possa esistere un diritto dannoso nei suoi ultimi e complessi risultati, è pur vero che la libertà

Lai, come sappiamo, tiene ad incardinare con precisione l'utilizzazione del principio della responsabilità entro fermi confini. Un'utilizzazione ampia della responsabilità, un suo impiego anche nei confronti dell'esercizio del diritto nasconde, a suo dire, dei pericoli enormi che occorre denunciare con fermezza: la scomparsa di ogni certezza, la sostanziale vanificazione di ogni spazio di libertà dei singoli, il controllo esasperato sul diritto, vale a dire la negazione, la distruzione del diritto e, con essa, la fine del regime liberale nell'amministrazione dei beni e l'implicito avvio di un sistema socialista (43). Il rigore delle distinzioni giuridiche va dunque salvaguardato contro le facili cadute in visioni della responsabilità eque, indulgenti (44), ma sostanzialmente estranee al complessivo assetto di valori giuridici in cui il principio di responsabilità è chiamato ad operare.

Il danno che altri possono risentire dall'esercizio del diritto non può essere considerato come un limite alla facoltà del soggetto (45); non si potrà, quindi, in considerazione di un danno meramente materiale indagare sull'utilità dell'esercizio del diritto. Il diritto, del resto, non è configurabile come « retto uso delle nostre facoltà », bensì come una libertà: « libertà di conseguire come anche di non conseguire il nostro fine » (46). Ogni controllo imposto sulla utilità

di ciascuno è limite della libertà degli altri, e come tale costituisce una diminuzione di godimenti. La ricchezza dell'uno può aver avuto origine dalla povertà di tanti altri: c'è danno, ma questo danno avviene *sine iniuria* e non vi è l'obbligo di ripararlo ».

(43) Cfr. quanto già scritto *infra* II.2.

(44) « ...un'equità che serva di correttivo al diritto non sappiamo immaginarla » (E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 51).

(45) « Ogni nostra facoltà dev'essere posta in rapporto non col vantaggio o nocumento che gli altri possono risentire, ma con le loro stesse facoltà, per modo che quella nostra non impedisca o diminuisca li atti che possono fare in virtù del diritto che noi invochiamo per legittimarla ». La questione può però essere posta in termini molto più prosaici: « Se, in considerazione del danno che il vicino ne risente, non fosse lecito a me di fare quelli atti, ciò significherebbe che il danno lo dovrei subire io per rispettare il diritto del vicino inteso in questo modo. L'assurdo è evidente: nel primo caso si ha un danno che deriva dall'esercizio di un diritto; nel secondo si avrebbe un beneficio o mettiamo pure un danno evitato coll'impedire l'esercizio del diritto altrui ». E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., pp. 33/34.

(46) E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 47.

del diritto è, dunque, una negazione della libertà insita nel diritto; è una « negazione del diritto in se stesso » (47). Operare allora una scelta sulla utilità del diritto attraverso il filtro della responsabilità significa 'sindacare' una scelta che è stata già operata, una volta per tutte, nel momento in cui è stato sancito il diritto: « Stabilito dunque un diritto, è già dimostrato il suo valore eudemonologico; ma siccome il diritto è libertà, per naturale conseguenza del medesimo possiamo trovarci di fronte ad atti che non siano utili né conducenti allo scopo per cui quel tale diritto è stato riconosciuto. Dobbiamo però rispettare tali atti per salvare il diritto in se stesso » (48).

Il danno è una necessità, una dolorosa necessità collegata anche all'esercizio del diritto, collegata al sistema per cui dall'esercizio libero del diritto ci si attende il massimo del benessere economico e sociale: la protezione dei danneggiati da questo assetto non può indurre a ridisegnare volta per volta le libertà dei singoli, a ristabilire con un giudizio particolare un valore che è stato fissato per sempre dal legislatore. In nome di un principio ampio, generale di responsabilità, in nome di principi di giustizia influenzati dalla morale, il giurista non deve sconvolgere nella sua ricostruzione quest'assetto: la responsabilità non può e non deve, infatti, essere lo strumento di verifica e di controllo di tutto l'ordinamento giuridico, non deve limitare il diritto, ridisegnarlo. Non al giurista spettano tali scelte ma alla legge che può accordare in espresse disposizioni diritti e libertà degni di tutela.

Le 'incertezze', le 'confusioni' erano in tal modo fuggite ed il discorso sulla responsabilità poteva ritornare ad essere configurato non in opposizione alle certezze del diritto, ma a sua esclusiva tutela. Naturalmente l'invocazione del rigore legalistico del sistema non serviva a risolvere la tendenza del principio di responsabilità a travalicare anche i confini più certi che gli erano attribuiti: la discussione svoltasi tra Otto e Novecento sull'abuso del diritto non farà, in fondo, che ripercorrere, in una situazione caratterizzata dalle esigenze sociali dell'industrializzazione, linee teoriche molto simili a

(47) E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 47.

(48) E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., p. 49.

quelle qui accennate. Vedremo meglio nella seconda parte del lavoro come la tendenza alla soluzione di tutte le ipotesi partendo da un principio unico di responsabilità venne ad operare nelle nuove esigenze. Qui ci premeva solo sottolineare come — pur nelle ricostruzioni della responsabilità aquiliana presenti in una fase del dibattito civilistico caratterizzato da una sostanziale corrispondenza ad un equilibrio proprietario semplice, in cui assenti sono le tendenze centrifughe rispetto ad una responsabilità caratterizzata da principi unici e uguali — il principio della responsabilità per colpa tendesse sempre e comunque a varcare i confini assegnatigli e a porsi al centro dell'ordinamento; quasi come se fosse un principio unico di giustizia affidato nelle mani del giurista col fine di verificare pezzo per pezzo l'esatto funzionamento del sistema. Esistono certo, e le abbiamo viste, convinzioni culturali radicatissime, limiti invalicabili, ma l'aggregazione del discorso giuridico sulla responsabilità appare tale da poter raggiungere per via interpretativa, sfruttando il silenzio e la generalità delle dichiarazioni del legislatore, qualsiasi aspetto della realtà. Sfruttando il principio generale si può, in qualche modo, ridisegnare l'intero assetto dei diritti, si possono travolgere gli stessi argini posti all'operare del principio di responsabilità.

Al fine di impedire una 'sovversione del diritto', occorre ogni volta tornare a ribadire che il principio deve essere limitato, necessariamente limitato: lo sforzo dell'interprete non deve essere quello di ampliare le applicazioni del principio, ma quello di ristabilire l'ordine, di stare ai 'principii scientifici universalmente rispettati', di far ritornare l'utilizzazione disinvolta della responsabilità per colpa entro i suoi 'giusti' confini. Richiami all'ordine sempre dogmaticamente ineccepibili, incontrovertibili sul piano della logica e della legalità, ma incapaci di vincere una volta per tutte la loro battaglia. Il principio generale resta, infatti, con tutte le sue potenzialità dirompenti sempre lì al servizio del giurista che intenda far sì che il diritto comune resti al passo con le trasformazioni sociali e non si inaridisca. Il sistema può, in fondo, e lo dimostrano proprio le 'confusioni' che tanto teneva ad eliminare Enrico Lai, essere capovolto dal suo interno, può adeguarsi a nuove esigenze sociali, ottenere ampliamenti impensati pur senza attendere interventi legislativi.

Sarà proprio giocando su questi aspetti, sull'ampiezza e la

generalità del principio della responsabilità, sulle 'confusioni' che permettevano inaspettati capovolgimenti della struttura dell'istituto, che la parte più accorta della civilistica cercherà di mantenere la responsabilità civile al passo con le trasformazioni sociali negli anni in cui esse mostravano a pieno l'inadeguatezza del complessivo strumentario tecnico della civilistica paleoesegetica.

3. *Una responsabilità per lo Stato.*

Ampiezza, generalità, universalità del principio di responsabilità tracciato nel Codice civile, sua applicabilità potenziale a tutti i casi, a tutti i soggetti: partendo da queste convinzioni la regola civilistica della responsabilità è posta come l'indiscutibile base di diritto comune, come il sostrato indispensabile di una qualsiasi configurazione giuridica della responsabilità. Una generalità, un'universalità del principio che, se non trovava in questi anni sostanziali opposizioni nella richiesta di una normativa differenziata da parte dei soggetti esposti a subire le ingiustizie date da una visione formalistica dell'uguaglianza delle regole civilistiche, trova però nella difficoltà di opporre tale universalità del principio allo Stato, alla pubblica amministrazione, uno dei punti su cui maggiormente si incentrano i contrasti.

La disputa sulla applicabilità delle regole civilistiche alla responsabilità della pubblica amministrazione — alla « responsabilità dello Stato », come si dirà sino alla fine del secolo — verte soprattutto attorno a visioni alternative, più che dei principi della responsabilità, del ruolo del diritto comune civilistico. Da una parte, c'è la tendenza a considerare i principi di diritto comune sulla responsabilità come regole applicabili senza distinzioni a tutte le ipotesi e nei confronti di tutti i soggetti; dall'altra, c'è un'iper valutazione della specificità del soggetto statale, l'esigenza di sottrarlo ai meccanismi comuni, di considerare con l'ausilio di diversi strumenti concettuali le sue 'particolarità'. Non solo, però, di configurazione di una responsabilità o di una irresponsabilità dello Stato si tratta: si può infatti giungere ad una visione della responsabilità dello Stato anche per una via 'autonoma' rispetto a quella di diritto comune, fondandosi proprio sull'inapplicabilità delle regole civilistiche al diritto pubblico, e percorrendo sino in fondo lo specialismo disciplinare. Si può

giungere pertanto a configurare una responsabilità della pubblica amministrazione proprio frantumando quel sostrato comune di principi che accomunava la visione dei principali istituti regolamentati nel Codice civile, e che era, a dire di molti, il solo strumento per configurare una responsabilità anche per lo Stato. A partire dall'ultimo decennio del secolo, la giuspubblicistica italiana sviluppò con estremo vigore teorico la ricerca di una autonomia concettuale pubblicistica del concetto di responsabilità della pubblica amministrazione; e lo fece spesso non per garantire spazi di immunità per lo Stato, ma per estendere le garanzie nei confronti dei soggetti danneggiati. Non si rinunciava ad una responsabilità dello Stato, anzi, si tendeva a configurarla in maniera più ampia. E proprio per questo si mirava a sottrarre la responsabilità della pubblica amministrazione al primato del Codice civile, alla visione del diritto comune quale indispensabile gabbia concettuale per l'interprete (anche quando egli era cultore di discipline non civilistiche): si rivendicava come possibile un discorso sulla responsabilità svincolato dagli assiomi civilistici — primo fra tutti da quello 'nessuna responsabilità senza colpa', così difficile da applicare nei confronti della pubblica amministrazione — e ci si sforzava di delineare principi generali entro una « concezione poligenetica del diritto comune » (49).

Tali ricostruzioni si muovono in un'ottica che ha fatto proprio lo

(49) Cfr. chiaramente in tal senso soprattutto G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Milano, Hoepli, 1892. Il lavoro si basa sulla prospettiva dell'impossibilità di fondare sulle regole del diritto comune civilistico un concetto di responsabilità della pubblica amministrazione: è impossibile — si afferma — « costituire una responsabilità dello Stato, secondo i principii normali che regolano il concetto della responsabilità in genere ». Occorre dunque una prospettiva disciplinare autonoma attraverso cui aggredire il problema della responsabilità della pubblica amministrazione; per far ciò, bisogna inevitabilmente liberarsi dal predominio dei principi individualistici ed egualitari, dal predominio cioè di una visione del diritto comune avente nel diritto civile « il nucleo e l'essenza ». Solo l'affrancamento della ricostruzione giuspubblicistica della responsabilità dai principi del diritto civile rende dunque libero l'interprete dai funambolismi cui lo costringeva il rispetto degli assiomi romanistico-civilistici. Su tale argomento della ricerca di « una ragione di responsabilità civile della pubblica amministrazione fuori dalla cerchia del diritto comune » (*ibidem*, p. 104), lontano dunque dal diritto comune civilistico come 'sostrato generale di tutti i diritti', come base indispensabile per la costruzione degli istituti e della unità del diritto, cfr. *infra* tutto il capitolo XI.

specialismo disciplinare e che si sforza affannosamente di ricostruire gli istituti, sino ad allora monopolizzati da una visione pancivilistica, stando alle specificità emergenti dalle esigenze dogmatiche presenti nel proprio settore ⁽⁵⁰⁾. Con tali studi, sviluppati dagli amministrativisti tra Otto e Novecento, siamo in qualche modo già fuori dalla visione dell'istituto che caratterizza tutto il periodo antecedente: è possibile, insomma, teorizzare una responsabilità lungo vie autonome da quelle civilistiche; l'abbandono della regola di diritto comune non è determinato dall'esigenza di sottrarre lo Stato ad un qualsiasi discorso di responsabilità, ma da quella di configurare una responsabilità non più sottoposta alle strettoie del discorso civilistico ⁽⁵¹⁾. È lo specialismo disciplinare che fa i conti con la ricostruzione degli istituti, che si confronta con gli istituti che garantivano l'unità del diritto, sino ad allora espressa dai principi del 'comune' diritto civilistico, a cui poteva opporsi solo il privilegio.

A noi qui interessa il quadro antecedente al raggiungimento di tale situazione: ci interessa confrontare la visione della responsabilità di diritto comune, il 'mito' della sua universalità, della sua applicabilità a tutte le ipotesi e a tutti i soggetti, con le richieste di un'autonomia, di una specialità di regole per gli apparati amministrativi. Il contrasto tra responsabilità di diritto civile e richiesta di sottrazione dello Stato dalle regole del diritto comune ricade spesso in questo periodo entro l'opposizione, non più teoricamente valida a fine secolo, tra configurazione di una responsabilità e richiesta di un'irresponsabilità, di un sostanziale privilegio. I poli opposti nella discussione sono più netti: la responsabilità — si dice — è una, quella configurata dal Codice civile; oltre c'è il privilegio, l'arbitrio, l'assenza del diritto, oppure l'impossibile applicazione di una regola giuridica a fronte di uno spazio che a tale regolamentazione necessariamente si sottrae.

È una visione che continuerà a caratterizzare a lungo le pagine dedicate dai civilisti al tema della responsabilità della pubblica amministrazione — come vedremo, influenzava profondamente an-

⁽⁵⁰⁾ Sulla questione si cfr. *infra* XI. 1.

⁽⁵¹⁾ Come vedremo, tale ricostruzione suscitava anche tra i cultori della scienza amministrativistica contrasti molto vivaci. Cfr. *infra*, in particolare XI.3.

che i giuspubblicisti ⁽⁵²⁾ — e che possiamo ritrovare sostanzialmente immutata anche negli anni in cui il susseguirsi di scritti volti a valorizzare lo specificità del soggetto statale pareva aver sepolto per sempre la visione di una applicabilità generalizzata dei principi codicistici: « Gli articoli 1151 e 1152 proclamano un principio di una universalità tale che nessun danneggiatore può vantarsi di non esservi incluso; ed il farvi rientrare le *lesioni* di diritto commesse dalla pubblica amministrazione, il *damnum iniuria datum* dalla medesima, deve ritenersi come la più razionale applicazione che la scienza giuridica e la giurisprudenza abbiano potuto far di quel principio universale » ⁽⁵³⁾.

« La responsabilité — scriveva tre decenni prima Laurent — est, en définitive, une règle universelle applicable à l'Etat comme aux particuliers » ⁽⁵⁴⁾: guardando a tale sua universalità dovranno essere affrontate tutte le nuove questioni; ponendo tale universalità al centro del discorso giuridico si dovrà affrontare la visione della responsabilità dello Stato come di qualsiasi altro soggetto. Il diritto comune, come complesso di principi unitari ed uguali per tutti i soggetti, spinge verso quest'applicazione indifferenziata della normativa presente nella sezione del Codice dedicata ai delitti e quasi delitti. Per la responsabilità dello Stato, si ripete senza molto approfondire il discorso, valgono le regole dettate per gli altri soggetti, vale lo stesso rigore del diritto comune. La responsabilità indiretta dello Stato per il fatto dannoso del funzionario dovrà essere risolta guardando ancora al diritto comune, ricorrendo alle stesse finzioni di colpa che caratterizzano la ricostruzione della responsabilità dei padroni e dei committenti ⁽⁵⁵⁾.

Più che un reale sforzo interpretativo volto a chiarire la possi-

⁽⁵²⁾ Si cfr. in proposito *infra* IV.4.3. (riguardo alle analisi di Lorenzo Meucci e Giovanni De Gioannis Gianquinto) e XI.3 (su Vittorio Emanuele Orlando).

⁽⁵³⁾ G. CESAREO CONSOLO, *Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e di quasi delitti*, Torino, Utet, 1914 (2^a ed. riveduta e ampliata da Francesco Cesareo Consolo), p. 572. Per una considerazione più dettagliata dei rinnovati inviti all'unità del diritto nel quadro della prima frammentazione del diritto comune civilistico, dobbiamo rinviare ancora all'undicesimo capitolo del presente lavoro.

⁽⁵⁴⁾ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 426; p. 448.

⁽⁵⁵⁾ E, in tal senso, si configura la responsabilità dello Stato per il fatto dei funzionari come *culpa in eligendo* o *in vigilando*.

bilità di una concreta applicazione di tale principio universale anche nei confronti dello Stato, a verificare l'ingiustizia di una deroga al diritto comune da parte della pubblica amministrazione, ad argomentare la negazione dell'applicazione del principio del *qui jure suo utitur neminem laedit* nei confronti del soggetto statale ⁽⁵⁶⁾, quello che giunge dalla dottrina esegetica francese alla prima civilistica italiana è una sorta di mito sulla generalità, sulla universalità del principio di diritto comune stabilito nel Codice, e sull'indispensabilità di una sua applicazione anche nei confronti della pubblica amministrazione ⁽⁵⁷⁾. Il diritto comune regna sovrano sia nei confronti del funzionario ⁽⁵⁸⁾, sia nei confronti della pubblica amministrazione, di cui si configura attraverso il ricorso all'articolo 1384/1153 una responsabilità indiretta.

Le concreta ricostruzione di tale universalità e generalità del principio di diritto comune può poi variare considerevolmente. La linea più radicale è quella di Laurent che insiste sull'esigenza di una tutela piena del diritto leso contro qualsiasi soggetto, ribadendo il principio della unità del diritto, della supremazia delle regole civi-

⁽⁵⁶⁾ L'argomentazione più comune — opposta a coloro che ritenevano che il potere pubblico agendo non facesse che utilizzare un proprio diritto ed era pertanto irresponsabile — è quella di Laurent: « C'est faire une fausse application de l'adage que celui qui use de son droit ne fait de tort à personne; il faut y ajouter cette restriction, pourvu qu'en usant de son droit, on ne lèse pas le droit d'autrui. Le propriétaire a aussi un pouvoir absolu de jouir et de disposer, et c'est de lui que l'on a dit qu'en usant de son droit, il n'est pas tenu de réparer le dommage qu'il cause. Or, nous venons de dire que le propriétaire est responsable dès qu'il lèse le droit d'autrui. Il en doit être de même de l'Etat ». In tale direzione occorre poi respingere l'esistenza di « une différence essentielle » tra lo Stato che, agendo come potere politico, amministra interessi generali della società e l'individuo: « L'objection implique que l'Etat, comme tel, doit être irresponsable pour qu'il puisse remplir sa mission; cela n'est pas exact. Sans doute l'Etat a mission de gérer les intérêts généraux, mais il doit le faire dans la limite de son pouvoir; or, la loi, au nom de laquelle il agit, ne lui donne certes pas le pouvoir de porter atteinte aux droits des particuliers. Il faut donc que l'Etat gère les intérêts sociaux de manière à ne pas léser les droits des individus et, s'il les lèse, il doit réparer le dommage qu'il cause » (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, nn. 420/421, pp. 440/441). Si cfr. comunque sulla questione *infra*, IV.4.3/4 e XI.

⁽⁵⁷⁾ In base a queste convinzioni si tiene a respingere, in primo luogo, una soluzione legislativa del problema attraverso le leggi speciali. Cfr. *infra* IV. 4.

⁽⁵⁸⁾ Molto diffusa, da questo punto di vista, è la critica nei confronti della garanzia amministrativa. Cfr. *infra*, IV.4.3.

listiche: « Il n'y a pas deux droits, l'un pour les particuliers, l'autre pour l'Etat; il n'y en a qu'un: c'est le Code civil qui en trace les règles »⁽⁵⁹⁾. Un'altra tendenza muove dall'affermazione della generale sottoponibilità della pubblica amministrazione alle regole civilistiche, ma poi la frustra in concreto, configurandola solo in ipotesi in cui la pubblica amministrazione non compia atti di governo propriamente detti nell'esercizio della sua funzione sovrana⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 592, p. 635. Così discutendo la decisione del 1873 (arrêt Blanco) del Tribunale dei conflitti che risolveva a favore della competenza del Consiglio di Stato la lunga disputa che aveva opposto quest'organo alla Cassazione civile. Si sostiene che nel campo della responsabilità dello Stato la competenza amministrativa implica il riferimento ad un regime speciale di diritto. In sostanza dalla specialità del diritto della responsabilità in diritto pubblico si passava a dedurre, come indispensabile conseguenza, la competenza della giurisdizione amministrativa: « Cons. que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». Su tutta la questione cfr. R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, L.G.D.J., 1957, pp. 29 e ss. (da p. 34 è tratta la citazione del noto passo della decisione del Tribunale dei conflitti). Occorre sulla questione non confondere la divisione tra gestione pubblica e gestione privata, rilevante ai fini del riparto, e quella tra 'actes de puissance publiques ou d'autorité' e 'actes de gestion' che giocava un ruolo decisivo solo nella determinazione del campo della irresponsabilità della 'puissance publique'. In tal senso l'affermazione che la responsabilità dello Stato non è « ni générale ni absolue » serve alla determinazione dell'irresponsabilità dello Stato sovrano: « Lorsqu'il s'agit d'actes de puissance publique — scrive Laferrrière —, la règle qui domine est celle de l'irresponsabilité pecuniaire de l'Etat » (cfr. ampiamente in *ibidem*, pp. 140 e 193 e ss.). Sull'importanza 'rivoluzionaria' dell' « arrêt Blanco » come « data di nascita convenzionale del diritto amministrativo » si confrontino le recenti osservazioni di S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989, pp. 3/4 e 36 e ss..

⁽⁶⁰⁾ Cfr. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III, du Code Napoléon*, cit., V, art. 1384, n. 15, p. 757: « ...quant aux actes de gouvernement proprement dit, il n'est point responsable du dommage causé par les délits ou quasi-délits de ses divers fonctionnaires, qui, dans l'ordre de la hiérarchie et dans les différentes branches de l'administration, sont dépositaires d'une part plus ou moins considérable d'autorité publique. Leurs actes, de quelque nature qu'ils soient, n'engagent point sa responsabilité. Autrement, la marche du gouvernement serait constamment entravée, et son action amoindrie ». Il principio si riconduce a quello

Quest'ultima interpretazione, che diviene presto la più diffusa ⁽⁶¹⁾, incontra una viva opposizione da parte di quanti ritengono inconcepibile una separazione tra uno Stato persona civile ed uno Stato persona politica. Lo Stato, si argomenta, è sempre persona politica: il riconoscimento della responsabilità verso lo 'Stato-proprietario' è un riconoscimento di responsabilità anche nei confronti dello Stato sovrano — lì dove, naturalmente, l'argomentazione può essere utilizzata anche nel senso contrario della totale irresponsabilità.

Al di là delle singole argomentazioni — che analizzeremo diffusamente in seguito — quello che ci preme sottolineare è come lo scontro tra le diverse configurazioni giuridiche sulla responsabilità dello Stato assumeva sempre di più le sembianze di uno scontro tra due mentalità contrapposte. Semplificando potremmo dire tra una mentalità civilistica, pancivilistica, ed una indirizzata verso la creazione di una settorialità di principi pubblicistici svincolati dal dominio civilistico, centrata sulle peculiarità della pubblica amministrazione e del suo diritto, o dei suoi 'privilegi' ⁽⁶²⁾. L'ottica 'giuspubblicistica' porta ad uno sgretolamento dell'unitario principio di responsabilità. Nel settore della responsabilità — argomenta un Laferrière del tutto immune dal fascino della universalità del principio civilistico della responsabilità — non esiste una regola unica; l'applicazione generalizzata della regola civilistica ai rapporti della pubblica amministrazione è impossibile. Sostenere, ad esempio, l'applicabilità dell'articolo 1384 nei confronti dello Stato significa falsare il testo della legge, alterare le intenzioni dei redattori del

di una irresponsabilità degli atti dello 'Stato sovrano': «...l'État qui ne fait qu'agir en vertu de son droit souverain, ne saurait jamais être considéré comme responsable, ni comme tenu d'aucune réparation envers les particuliers lésés, à moins qu'un droit à indemnité ne leur ait été réservé d'une manière spéciale. Mais, dans les cas où elle existerait, cette exception confirmerait la règle. S'il en était autrement, l'action de l'État, dans les faits mêmes qui tiennent à la souveraineté, serait constamment paralysée et gênée par l'obligation où il serait de payer une somme incalculable de réparations » (art. 1382/1383, n. 10, p. 692).

⁽⁶¹⁾ Cfr. *infra* IV.4.3 riguardo alle ricostruzioni di Adeodato Bonasi e di Giorgio Giorgi.

⁽⁶²⁾ Cfr. *infra* IV.4.4 (riguardo alla lettura della responsabilità dello Stato fornita da Mantellini) e XI.

Codice, falsare la stessa natura delle cose. Come ignorare infatti che l'articolo 1382 parla di 'qualsiasi fatto dell'uomo' ed è pertanto inapplicabile nei confronti della pubblica amministrazione? Come ignorare che dai lavori preparatori del Codice emerge una visione di regole rivolte ai privati e non alla pubblica amministrazione? Come configurare il rapporto dello Stato con i suoi funzionari come un rapporto tra preposto e committente? (63). La responsabilità dello Stato, in altri termini, non può essere espressa dal diritto comune civilistico: lo Stato potrà, sì, concedere indennizzi in base a regole di equità, in base a leggi speciali, ma non in base ad una disciplina civilistica fissata una volta per tutte e sindacabile dal giudice ordinario. L'indennizzo potrà essere accordato in base alla varietà delle circostanze apprezzabili da parte dell'ordine amministrativo (64).

A rendere profondo il divario tra le due mentalità è soprattutto la divergente visione del diritto comune: in un caso, l'affermazione dell'universalità e dell'unicità del principio civilistico fa sì che sia ritenuta possibile una sola ricostruzione giuridica dell'istituto; nell'altro, il principio unitario inizia ad essere frantumato, attraverso la negazione della sua assolutezza. Si nega, in questa seconda prospettiva, la configurabilità a carico della pubblica amministrazione di un risarcimento proveniente dalla mera applicazione dei principi civilistici e si giunge solo a prospettare un 'indennizzo' elargito graziosamente dallo Stato; oppure la negazione del diritto comune civilistico diventa la premessa teorica per iniziare la ricerca di una via giuridica 'autonoma' mediante cui ricostruire l'istituto della responsabilità dello Stato (65). Si mira, in sostanza, anche nel caso in cui si riesce ad abbandonare l'ottica dell'irresponsabilità dello Stato, all'affermazione di una responsabilità fuori dai canoni del diritto comune, alla sua ricostruzione in riferimento a parametri speciali (66).

(63) Cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris-Hancy, Berger-Levrault, 1896 (2^a ed), I, pp. 674 e ss..

(64) Cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, cit., I, pp. 679 e ss..

(65) Una visione di sintesi del dibattito ottocentesco sul tema è in A. ROCCO, *La responsabilità dello Stato nel diritto processuale penale. Contributo ad una teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto pubblico interno*, in *Rivista Penale*, LX, 1904 (pp. 5-41; 148-175; 269-299). Si cfr. comunque *infra* XI.

(66) Avremo modo di soffermarci in seguito su queste contrapposte visioni seguendo, dapprima, lo scontro tra Carlo Francesco Gabba e Giuseppe Mantellini (*infra*

La prima civilistica paleoesegetica non fa che ripetere senza molta consapevolezza formule riprese dalla letteratura francese: l'affermazione più generalizzata è quella della sottoponibilità dello Stato alla responsabilità indiretta per il fatto dei suoi funzionari a norma dell'articolo 1153; cui spesso, sulla scia di Larombière, si aggiunge la distinzione tra l'irresponsabilità dell'azione del Governo « come potere politico » in contrapposizione al suo agire come « privato » (67). Una distinzione quest'ultima che è sovrapposta senza tanti problemi alla convinzione della generalità, universalità, applicabilità a tutte le ipotesi della responsabilità di diritto comune. Una sostanziale confusione si sovrappone all'accettazione indiscussa dell'applicabilità generalizzata della norma civilistica; una confusione che rende sempre più diffuse interpretazioni che rendevano solo superficiale ed ingannevole l'applicabilità del principio comune a tutte le ipotesi, creando ampi spazi di irresponsabilità.

Sarà soprattutto con la civilistica neoterica che si acquisterà coscienza della grave portata del problema e, di fronte ai tentativi di completa sottrazione della responsabilità della pubblica amministrazione ai principi della responsabilità, si cercherà una configurazione giuridica, un sistema, della responsabilità aquiliana capace di risolvere ancora in maniera unitaria tutte le tematiche. La responsabilità della pubblica amministrazione diverrà, non a caso, uno dei nodi centrali attraverso cui misurare la tenuta dello strumentario di analisi del civilista e quella della generalità dei principi del diritto comune, la consistenza dell'unità del diritto a fronte di una proliferazione di statuti autonomi di responsabilità. L'esigenza di una ricostruzione civilistica in grado di essere applicata senza contraddizioni anche nei confronti dello Stato diverrà il terreno su cui la migliore civilistica misurerà la tenuta complessiva del suo sistema della responsabilità, la tenuta complessiva del diritto civile quale diritto comune, quale 'sostrato generale' di tutti i diritti, quale vera garanzia dell'unità e della stessa pensabilità del diritto. Non è un caso che tale preoccupazione

IV.4.4) e poi le teorizzazioni per una « responsabilità di diritto pubblico della pubblica amministrazione » (XI).

(67) G. DELVITTO, *Commentario teorico pratico del Codice civile*, cit., IV, p. 234; F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, cit., p. 136. Cfr. per ulteriori riferimenti *infra* IV.4.3.

pazione costituirà, come vedremo, uno tra i temi centrali nei due sistemi più ambiziosi della responsabilità aquiliana ideati negli anni della civilistica neoterica: quello di Gian Pietro Chironi ⁽⁶⁸⁾ quello di Giacomo Venezian ⁽⁶⁹⁾.

Su questo tema — come su quello di fornire col sistema e senza infrangere i principi del diritto comune, una risposta ai nuovi laceranti problemi generati dall'industrializzazione e dalla rottura della semplicità di un equilibrio tra proprietari uguali — si misurerà la tenuta della 'universalità' del principio di diritto comune, la capacità della scienza civilistica di riuscire a fornire risposte ancora valide alle nuove esigenze e della società e degli apparati amministrativi in espansione.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. *infra* capitolo quinto, in particolare V.3.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *infra* capitolo sesto.

PARTE SECONDA

**LA RESPONSABILITÀ CIVILE
TRA SISTEMA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE**

CAPITOLO QUARTO

I SEGNI DEL MUTAMENTO

1. Premessa. — 2. Diritto sociale e rivolta contro l'esegesi. — 3. Tra diritto comune e leggi speciali. — 4. Metamorfosi della responsabilità civile tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta. - 4.1. Responsabilità aquiliana ed inversione dell'onere della prova. - 4.2. Sainctelette e la *garantie*. - 4.3. Responsabilità civile ed amministrazione. - 4.4. « Dogmatica erariale »: Gabba contro Mantellini, « civilisti » contro « regalisti ».

1. *Premessa.*

È tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta che si può notare una prima consistente trasformazione nel modo in cui la scienza giuridica si accosta alla responsabilità civile che gradualmente, ma in maniera ben percepibile si innova. Non siamo di fronte, come vedremo, a una cesura, non assistiamo ad alcuna complessiva inversione di tendenza, ma la metamorfosi ⁽¹⁾ della responsabilità si evidenzia con nettezza agli occhi dell'interprete, sia nelle incertezze della giurisprudenza, sia nelle ambiguità ricostruttive di una dottrina non più appagata dai tradizionali modelli e alla ricerca di nuovi equilibri.

Le metamorfosi e le innovazioni nella ricostruzione di un istituto così sensibile ai mutamenti sociali — si dirà — è ovvia: banale conseguenza del diverso clima politico-sociale degli anni Settanta, meccanico adeguarsi del diritto alle trasformazioni delle strutture economiche e sociali, all'emergere di ingiustizie collegate al lavoro subordinato e all'industria, alle critiche socialistiche all'individualismo borghese. La risposta è solo in parte appagante. Lo è in quanto

(1) L'espressione riprende volutamente R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série, *Panorama des mutations*, III ed., Paris, Dalloz, 1964.

individua lo scenario di fondo, il paesaggio che circonda i personaggi e 'le cose' del giuridico; personaggi e cose ben inserite nel mondo, sempre e comunque a contatto con il paesaggio e sensibili alle sue trasformazioni. Non lo è però allorché ci si accosti ulteriormente al quadro, certo non per cogliere il particolare insignificante o per farsi eruditi interpreti della minuzia, ma per capire le modalità della metamorfosi nelle tecniche e nelle architetture, e per cogliere le relazioni tra il discorso giuridico, i suoi principi ed il mutamento del paesaggio. Le tecniche, i modelli interpretativi consolidati nella disciplina si adeguano, sì, inevitabilmente allo sfondo, rispondono — spesso tardi, lentamente e in maniera incompiuta — alle nuove esigenze sociali, ai rapporti di potere diffusi nella società civile, ma nel fornire tali risposte seguono itinerari che occorre spiegare guardando ad esigenze interne al giuridico, alle concezioni del ruolo della scienza, dell'interprete, del diritto. Tali convinzioni incidono sulle modalità di costruzione delle risposte dei giuristi e non sono neutre ai fini dell'efficacia delle soluzioni proposte e della loro giusta corrispondenza ai bisogni emergenti.

Le aperture del giuridico al sociale devono interpretarsi e comprendersi attraverso il filtro della persistente 'autonomia' della costruzione tecnica del discorso giuridico: il discorso dei giuristi non aderisce in modo meccanico alle trasformazioni sociali, ma segue nella 'invenzione' delle sue risposte itinerari autonomi imposti dall'indispensabile uso di una tecnica disciplinare ben consolidata; un'autonomia tecnica che, nel periodo che qui ci interessa, i giuristi cercarono di far valere sia respingendo una visione del giuridico come mero manto formale cangiante a seconda dei nuovi fatti sociali, sia opponendosi ad un continuo intervento legislativo nel disegnare la fisionomia degli istituti giuridici.

Nelle pagine precedenti abbiamo visto il modello tradizionale della responsabilità civile, le sue rigidità dogmatiche, i suoi sofismi teorici; ma abbiamo anche tentato di mostrare i punti vivificatori, le aperture, gli 'organi respiratori' che impedivano agli schemi eseguitici di fissarsi in una immobilità senza vita. Le elaborazioni dottrinali del principio 'nessuna responsabilità senza colpa', se mostravano, da un lato, un'indubbia incapacità di letture più sofisticate del dato codicistico, garantivano, dall'altro, una parziale elasticità dell'istituto che ben poteva corrispondere alle regole di un gioco proprietario ancora

semplice. Grande mito della ricostruzione e suo certo punto di partenza era l'unità dell'istituto della responsabilità civile: un'unità indiscussa, garantita dalla supremazia civilistica, del diritto comune civilistico, e dalla indubbia preminenza del romanista-civilista all'interno delle facoltà giuridiche. Un diritto comune civilistico uguale per tutti i soggetti, una responsabilità civile garante di un equilibrio tra *uguali*, e pertanto desumibile da principi *unici* e certi, costituivano i dogmi di fondo di una civilistica ancorata strettamente al Codice e dedita ad elaborazioni tutte interne a tale quadro teorico e certamente non contrastanti con esso.

In questa parte del lavoro ci occuperemo della lunga crisi di tale modello: guarderemo a come la tecnica dei giuristi si adeguò alle incrinature di alcuni presupposti certi del loro discorso; a come il mito dell'unità ricostruttiva si scontrò con l'emersione sociale delle disuguaglianze e con la percezione più netta delle ingiustizie diffuse da un modello ricostruttivo rigidamente uguale; a come si confrontò una responsabilità tutta dedita alla 'tutela' e al 'controllo' della proprietà individuale (2) con l'affacciarsi di beni difficilmente riconducibili ad una tale logica; e, infine, a come lo straripamento travolgente del rivolo della 'utilità sociale' e dell'"interesse comune" spinse sempre più un'amministrazione pubblica in crescente espansione ad invocare la sua estraneità ai principi della responsabilità di diritto comune e ad introdurre un'ulteriore lacerazione nell'istituto.

Seguiremo l'articolarsi del discorso giuridico di fronte alla prima percezione di una frammentazione della supremazia disciplinare civilistica e cercheremo di scorgere nelle varie strategie dottrinali e giurisprudenziali la crisi ed i mutamenti in atto nell'armonia dell'istituto di diritto comune, la caduta di miti e di finzioni giuridiche solidissime, la formazione di nuove ipotesi ricostruttive. Oltre che le trasformazioni — e spesso proprio per comprenderle —, occorrerà però cogliere anche le continuità che caratterizzavano l'accosta-

(2) Cfr. S. RODOTÀ, *Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, IX, 1978, pp. 413 e ss. (poi anche in S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, pp. 135 e ss.) e S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, II, 3, 1984, pp. 597 e ss..

mento del giurista alla costruzione del suo oggetto e le permanenze delle antiche certezze unificanti.

2. *Diritto sociale e rivolta contro l'esegesi.*

Si è soliti individuare nel 1870, in coincidenza con il raggiungimento della piena unità politica dell'Italia, un preciso punto di svolta, quasi uno spartiacque, tra il periodo 'giacobino' della classe dirigente liberale, protesa innanzi tutto a raggiungere e a consolidare l'unificazione, e la « scoperta dell'Italia »⁽³⁾, dei tratti reali del suo volto imbellettati dall'enfasi posta dalla retorica risorgimentale sulle ricchezze e sulle potenzialità economiche che l'Unificazione avrebbe espresso. Dopo il 1870 invece si scoprono, anche con l'ausilio delle prime ed incomplete statistiche⁽⁴⁾, le aspre contraddizioni presenti tra città e campagna, tra il Mezzogiorno ed il Nord, si guarda preoccupati alle lacerazioni della società, all'emergere di nuovi soggetti, di nuove classi la cui pericolosità è in questi anni accentuata agli occhi della borghesia dallo spettro degli 'orrori' della Comune di Parigi. Finito il mito risorgimentale, la classe dirigente si guarda attorno ed è disorientata: molti sono consapevoli che, venuto meno il nucleo centrale del programma politico, occorra acquistare una nuova coscienza della propria identità e trovare modelli teorici e strumenti operativi atti a dare una valida risposta ai problemi sociali ed economici balzati improvvisamente in primo piano⁽⁵⁾. Dalla crisi e dalle consapevolezza maturate in questi anni si generarono una varietà di progetti politici e culturali che caratterizzarono a lungo gli assetti istituzionali e sociali dell'Italia postunitaria.

Non è il caso di insistere su queste ben note vicende che qui richiamavamo solo per l'ampia analogia esistente con quanto, di lì a

(3) E. RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, in *Storia d'Italia*, IV, dall'Unità a oggi, 3, Torino, Einaudi, 1976, p. 1714.

(4) Cfr., riguardo alle prime più ampie utilizzazioni della statistica da parte del governo, R. JOHNSON, *Amministrazione e organizzazione delle informazioni: il Ministero dell'agricoltura e i problemi del lavoro*, in *Archivio* (Istituto per le scienze dell'amministrazione pubblica), nuova serie, 3, *L'amministrazione nella storia moderna*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 1289-1361.

(5) Cfr. R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 114 e ss..

qualche anno, si sarebbe verificato nella scienza civilistica: abbiamo il raggiungimento di un progetto vasto e assorbente, il (conseguente) delinearci di una crisi ideale, la scoperta di una 'realtà' ulteriore, nuova, rispetto a quella racchiusa nella progettualità antecedente e lo scontro con la nuova situazione. Tali aspetti possono tutti essere rintracciati in quel complessivo mutamento di convinzioni culturali e di tecniche realizzatosi tra gli anni Settanta e Ottanta nella civilistica postunitaria e che in genere si denomina come passaggio 'dall'esegesi al sistema': siamo di fronte anche in questo caso ad una 'svolta' che si sostanzia nella prima incrinatura di un mito, quello legalistico del Codice, nella più viva percezione dei problemi sociali, in una profonda crisi di identità dei giuristi e nella ricerca di nuovi itinerari da percorrere. Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del Codice i civilisti avevano dovuto spiegare con linearità e chiarezza le sue disposizioni: la via più semplice, quasi obbligatoria, era stata quella di seguirne l'ordine passo dopo passo e di esplicitarne il significato ricalcando il più possibile le linee tracciate nel nuovo monumento della finalmente raggiunta unità giuridica. Ovvio ed indispensabile era quindi il riferimento ai giuristi francesi che, nell'ampiezza e nella ripetitività dei loro commentari al *Code civil*, offrivano un modello culturale certo e sperimentato, un binario sicuro per guidare l'interprete e per dare fondamento scientifico all'unità giuridica civilistica (6).

Il superamento di questa prima « paleocivilistica esegetica » fu graduale, come in genere è il diffondersi delle nuove acquisizioni

(6) Individua nel commentario un presupposto necessario alla successiva e indispensabile costruzione del sistema Enrico Lai (*Sistema del diritto civile italiano*, cit., p. 6): « è indiscutibile che, come disse il Savigny, solo nella grande armonia del sistema possono essere completamente intesi gl'istituti giuridici. [Ciò] ... non ha lo scopo di detrarre nulla al grandissimo valore che hanno i commentari e i lavori esegetici sul diritto italiano e francese. Chi non lo riconoscesse, mostrerebbe di non aver tentato né anco le prime prove della scienza, e d'ignorare il processo che essa segue necessariamente nel suo progredire. Il commentario, oltre che soddisfa a un bisogno della pratica, è nello stesso tempo il mezzo necessario per arrivare all'ordinamento scientifico delle disposizioni della legge e dei principii da cui sono informate. In esso troviamo la materia da ordinare e da ridurre a sistema, il quale poi, mercé la fecondità del rapporto di connessione delle idee, serve a sua volta ad arricchire il commentario e a renderlo più preciso e più utile nella pratica ». Più ampiamente su questi argomenti cfr. P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 16 e ss..

culturali — non si può far quindi riferimento ad una data certa, a un preciso punto di svolta —, ma già nei primi anni Ottanta si possono individuare i primi segni di una « civilistica neoterica » (7), si può scorgere qualche incrinatura nel compatto mito legalistico del Codice e un affannoso guardarsi attorno, al di là del Codice, al di là dei rigidi confini disciplinari in cui si era racchiusa la scienza giuridica (8). L'abbandono sia pure parziale del filtro Codice/esegesi come unico osservatorio della realtà mostra compiutamente ai giuristi un quadro sociale più complesso e contraddittorio, evidenzia l'incomprimibilità delle situazioni ignorate dal legislatore postunitario entro le forme degli antichi istituti e l'esigenza di nuove discipline giuridiche per i soggetti sprovvisti di tutela, schiacciati dal rigore dell'esasperato individualismo borghese e dall'utilizzazione di principi giuridici vecchi ed inadatti alle esigenze di una società sulla via di una consistente, anche se emiplegica, industrializzazione. La prima crisi del culto legalistico del Codice e la scoperta della nuova realtà sociale sono i tratti fondamentali che segnano il clima in cui avvenne la svolta culturale della civilistica.

Prima della 'svolta' quello che si può percepire con nettezza è però — e lo vedremo in modo particolare in riferimento alla responsabilità civile — la crisi: crisi delle capacità di comprensione insite nei tradizionali strumenti di lavoro a disposizione dell'interprete esegetico. I giovani giuristi che iniziano la loro produzione scientifica agli inizi degli anni Ottanta vivono tale crisi e sono disorientati: da un lato, vedono infatti una civilistica 'immobile', 'morta ad ogni vita' (9), assorta nel solo commento di un Codice assurdamente interpretato come formula matematica, assoluta, immutabile e non come espressione reale e storica dell'uomo in tutti i suoi rapporti sociali (10); dall'altro, percepiscono le inquietudini

(7) Continuiamo ad utilizzare l'espressione nel senso di P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 306 e ss. e P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 16 e ss..

(8) Cfr. P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 15 e ss.

(9) Cfr. E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, (1885), Torino, U.T.E., 1895 (III ed.), p. 5; G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881, pp. 23 e ss..

(10) Cfr. G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit..

presenti nella società, guardano con interesse ai rinnovamenti in atto nel diritto penale — che pare assumere, nel suo accostamento sempre più marcato alle scienze antropologiche e naturalistiche, una sorta di primato epistemologico nel giuridico ⁽¹¹⁾ —, agli studi sistematici dei pandettisti ⁽¹²⁾, ed a quelli sociologici con le loro affascinanti metafore organicistiche ed evuzionistiche ⁽¹³⁾.

Le lacune del Codice, le sue incomprensioni nei confronti della realtà — si sostiene — non potranno essere risolte rimanendo entro la vecchia logica interpretativa, continuando quindi a parafrasarne l'ordine seguendo l'autorità dei Toullier, dei Demolombe, dei Marcadé e dei Laurent; occorre 'addentrarsi nell'essenza' dei vari istituti giuridici, coglierne l'intima natura, il sistema e con esso rispondere ai nuovi quesiti e colmare le lacune ⁽¹⁴⁾. Gli schemi degli esegeti francesi e dei loro imitatori italiani appaiono soprattutto inappaganti per la mancanza di teorizzazioni generali, per la loro incapacità di saldare i singoli dati normativi all'interno di un sistema organico, per la carente possibilità di espansione offerta dal loro impianto pedissequamente a seguito di quello del legislatore.

La crisi induce ad ascoltare voci nuove, a guardare a nuovi modelli e a diffonderli all'interno del diritto privato, a ripensare le sue antiche strutture: si guarda al giuridico cercando di cogliere la perfezione di un sistema di relazioni tra le parti ed il tutto, tra le cellule e l'organismo; si scorge e si critica lo spietato individualismo sotteso agli istituti cardine della società borghese — proprietà,

⁽¹¹⁾ Cfr. sul punto *infra* il capitolo sesto dedicato a Giacomo Venezian.

⁽¹²⁾ Quasi isolata era solo qualche anno prima, nel 1872, la voce di Filippo Serafini che, introducendo la traduzione del *Trattato delle Pandette* di L. ARNDTS (Bologna, Fava e Garagnani, 1872), lamentava la povertà della letteratura giuridica italiana e l'esigenza di far riferimento ad opere sistematiche e generali (vol. I, p. VI).

⁽¹³⁾ Cfr. P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico — I — Le « scuole del diritto privato sociale »*, in *Politica del diritto*, I, 2 (1970), pp. 241 e ss.; i vari interventi sul tema del 'socialismo giuridico' nel numero monografico dedicato all'argomento dai *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4, 1974/1975; P. GROSSI, 'Un altro modo di possedere', cit., pp. 191 e ss. e, soprattutto, P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit.. In generale sul clima culturale di questi anni si cfr. E. R. PAPA (a cura di), *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, Angeli, 1985.

⁽¹⁴⁾ E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia* (1881), in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, Libreria dello Stato, 1947, pp. 6 e 9 soprattutto nella parte in cui si parafrasa Unger.

contratto, responsabilità —; si avanza, per contrasto, la prima richiesta di un diritto sociale; si guarda all'evoluzione del diritto per coglierne, con Darwin, il segreto ⁽¹⁵⁾. È una rivolta contro l'esegesi, da cui gemmano parole d'ordine che, circolanti di opera in opera e anteposte come manifesto metodologico ai nuovi scritti ⁽¹⁶⁾, sono spesso nebulose, più affascinanti come vaga progettualità giuridico-politica che concretamente traducibili in strumenti operativi per il giurista intento alla costruzione dogmatica degli istituti ⁽¹⁷⁾. Quello che conta però è l'affiorare di nuove consapevolezze metodologiche che vivacizzano il dibattito giuridico e costringono a ripensamenti anche i civilisti più restii ad innovazioni: si spingono anch'essi a proporre mediazioni teoriche, per lo più insipide, tra tradizione legalistica dell'esegesi e recupero della 'parte buona' delle

⁽¹⁵⁾ Cfr. P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato. Prolusione detta nell'Università di Camerino il 21 novembre 1881*, Camerino, Savini, 1882; G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit.; G.P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto* (Discorso pronunciato per la commemorazione di C. Darwin nella R. Università di Siena il 21 maggio 1882), Siena, Lazzari, 1882. Sul nesso tra critica all'esegesi, organicismo e sistema cfr. soprattutto quanto scrive Enrico Cimbali (*La Nuova Fase del diritto civile*, cit., p. 7): nella lotta tra « ordine sistematico » e « empirismo servile della dottrina francese » — afferma — « la vittoria (...) rimarrà definitivamente al sistema sull'esegesi, essendo questa la tendenza invincibile del mondo moderno destinato a stabilire con lavoro incessante un nesso armonico fra i diversi rami del sapere per poi ricongiungerli tutti, come sparse membra, nell'unità di un organismo comune superiore ».

⁽¹⁶⁾ Cfr. in particolare la prefazione di Chironi al primo volume de *La colpa nel diritto civile odierno*, di cui ci occuperemo ampiamente nel prossimo capitolo; nonché E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit..

⁽¹⁷⁾ Raramente alle critiche e alle denunce contenute nelle prolusioni dei privatisti facevano seguito analisi giuridiche altrettanto spregiudicate nello studio degli istituti. La generica categoria del socialismo giuridico costruita dalla letteratura negli anni Settanta (cfr. soprattutto P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, cit.) è molto da ridimensionare, se non da eliminare del tutto: le voci dei giuristi proclamanti variamente la loro fede socialistico-positivistica difficilmente si compongono in un coro configurabile con l'etichetta di 'socialismo giuridico'. Se ciò è vero quando si considerano tematiche ampie e generiche professioni di fede, lo diventa ancora di più in relazioni a problemi tecnici. È assolutamente impossibile, ad esempio, accostarsi alle varie monografie sulla responsabilità civile utilizzando come parametro per la lettura delle fonti il modello del socialismo giuridico.

tesi degli innovatori, sono costretti anch'essi ad affrontare la crisi delle loro certezze (18).

Quanto incide tanta 'sete di sociologia' e tanto discorrere di metodo nelle monografie sulla responsabilità civile? In che misura muta in questi anni l'accostamento tecnico dei giuristi al nostro tema? Sicuramente non si può scorgere alcuna 'rivoluzione': i ben percepibili segni della rivolta contro l'esegesi si notano più nelle dichiarazioni, che negli effettivi mutamenti tecnici e nella diversità di risposte ai bisogni sociali emergenti offerte dall'interno della ricostruzione dogmatica dell'istituto. Se una parte della giurisprudenza e della letteratura ripropose però inalterata la lettura esegetica degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile, un'altra parte non trascurabile si trasformava e rielaborava, facendo leva sulle nuove metodologie, le interpretazioni tradizionali in relazione alle nuove esigenze sociali.

Le formule di maggior fortuna, l'eredità più consistente del dibattito metodologico furono quelle dell'organicismo e del sistema. Un organicismo forte sia nella sua versione di derivazione savigniana, frutto della concezione di uno sviluppo « naturale e necessario » del diritto in opposizione alle dighe legislative, di una lettura sistematica degli istituti nei loro nessi collaudati da una lenta evoluzione storica; sia nella versione naturalistica avente nello Schäffle la sua massima autorità (19).

La ricerca di un sistema organico della responsabilità civile da contrapporre alle incertezze delle letture esegetiche è quanto si può immediatamente notare come segno caratteristico degli scritti più

(18) Cfr. T. CUTURI, *Delle recenti discussioni sul metodo nello studio del diritto civile italiano*, in *Archivio giuridico*, XXXIX, 4 (1887), pp. 269 e ss.; P. MELUCCI, *Metodo e questioni di diritto civile*, premesso a ID, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, Torino, UTE, 1884, in particolare pp. 10 e ss..

(19) Sul organicismo e il sistema savigniano Cfr. P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, I. *Genesis del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette*; II. *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1984 e 1985 e gli interventi contenuti nel vol. 9 (1980) dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Il testo di Schäffle cui si fa riferimento è *Bau und Leben des socialen Körpers* (tradotto in italiano nella *Biblioteca dell'economista* — III, VIII, Torino, UTE, 1881 — di G. Boccardo). Su questi aspetti si legga quanto ha recentemente scritto P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 17 e ss..

lucidi apparsi negli anni Ottanta: attraverso il sistema si risolvono le lacune del Codice, si forniscono risposte più aderenti alle esigenze sociali, si supplisce ai silenzi e alle incertezze del legislatore e si permette ai dati di diritto comune di adeguarsi alle trasformazioni della società; attraverso il sistema si possono raggiungere soluzioni molteplici da offrire alle nuove ipotesi di responsabilità partendo da una visione unitaria dei principi di diritto comune, senza distruggere i presupposti essenziali, gli elementi fondanti, del lavoro del giurista, quelli che la scienza percepisce come le basi della sua autonomia disciplinare, come le condizioni indispensabili affinché di 'vera' civilistica e di 'vera' scienza giuridica si possa ancora parlare. « Senza sistema — afferma lapidaria l'appartata voce di Enrico Lai — non c'è scienza: difetto nel sistema significa dunque difetto nella scienza » (20).

Ci occuperemo ampiamente in seguito dei due tentativi più ambiziosi di sistematizzazione della responsabilità civile compiuti negli anni Ottanta, quello di Gian Pietro Chironi e quello di Giacomo Venezian. Due proposte di un sistema per la responsabilità civile ben radicate nel clima di questi anni e miranti a riconsiderare globalmente le letture esegetiche dal punto di vista delle nuove consapevolezze metodologiche; due tentativi accorti di tradurre in strumenti operativi e in soluzioni concrete per le emergenti ingiustizie le generiche formule sociologiche e le vaghe prospettive metodologiche presenti nel dibattito di quegli anni; tentativi di rompere la crisi di comprensione della letteratura esegetica attraverso un cambiamento delle prospettive scientifiche della disciplina civilistica.

Giova però precisare ulteriormente il quadro entro cui 'i sistemi' erano chiamati ad operare e le esigenze cui erano chiamati a rispondere.

La ricostruzione sistematica è una soluzione unificante dei problemi; è scelta non solo perché permette nella sua espansività maggiori metamorfosi al diritto che è posto in grado di affrontare le accelerazioni sociali, ma anche perché non smembra gli istituti,

(20) E. LAI, *Sistema del diritto civile italiano*, cit., p. 5. Cfr. anche P. COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, Torino, Bocca, 1885, (*Il sistema nel diritto privato*) pp. 85 e ss..

riunifica entro il quadro unitario del diritto comune civilistico le letture disgreganti e particolaristiche.

Quest'ultimo aspetto è particolarmente importante: l'interpretazione sistematica della responsabilità civile si presenta come un'accorta risposta della disciplina alle lacerazioni che lo stesso dibattito metodologico e le stesse aperture sociologiche avevano esaltato nel tessuto della civilistica. Il sistema è una risposta alla frammentazione, una difesa contro la creazione, sulle ceneri del diritto civile comune, di una pluralità di statuti disciplinari corrispondenti alla varietà delle disuguaglianze.

Il timore della frammentazione del diritto comune civilistico è ben percepibile negli anni delle aperture disciplinari e della rivolta contro l'esegesi. Si teme che l'affermarsi della nuova realtà industriale, « la varietà e gli ampliamenti dell'ordine economico » impongano uno 'smembramento' delle figure civilistiche in corrispondenza alla varietà del nuovo ordine; si mira quindi a separare il giuridico dall'economico: « e guai — si afferma — se così non fosse, imperocché un Codice civile non potrebbe avere lunga durata, e i principi giuridici, che hanno la caratteristica eterna della giustizia, sarebbero soggetti alle continue mutabilità dell'industria e del commercio... » (21). La disciplina dei rapporti giuridici non può, insomma, differenziarsi, variare all'infinito, sformarsi, inseguendo i mutamenti accelerati del sociale: « trarre ragioni di differenza in ordine al diritto civile dalla varietà che i beni, gli agenti, le forze possono avere, sarebbe lo stesso che rendere impossibile un Codice civile, e assoggettare i rapporti giuridici ad una pedantesca e insopportabile disciplina » (22).

È un timore emergente anche dalle pagine di un personaggio, quale Filomusi Guelfi, pur accorto e sensibile ai mutamenti in atto, allorché richiede di « stare al concetto tradizionale del diritto privato, che si trova trasfuso nel Codice francese e nel nostro Codice », di fissare « nella legislazione di diritto privato (...) un punto fermo che più resista alla smania non sempre giustificata di continue

(21) A. TARTUFARI, *Recensione a Enrico Cimbali, La Nuova Fase del diritto civile*, in *Archivio giuridico*, XXXVI, 1886, p. 158.

(22) *Ibidem*, p. 159.

mutazioni» (23). Ed è presente nelle pagine giovanili di Vittorio Polacco, nel suo cauto distacco dagli entusiasmi sociologici, nella sua esigenza di porre al riparo dai mutamenti accelerati i principi e le idealità del diritto privato (24).

Il sistema è, in presenza di queste preoccupazioni, percepito come risposta al sociale non lacerante gli antichi principi, non contrastante con l'assetto comune ed uguale del diritto civile che non si frantuma in tanti diritti speciali quanti sono i nuovi soggetti ed i nuovi beni. Con il sistema l'area del diritto civile si espande senza dividersi, tutela nuove situazioni senza invocare nuove normative, ma semplicemente estendendo la base della piramide dei principi del diritto comune.

La creazione di sistemi per la responsabilità civile risponde tecnicamente soprattutto a queste esigenze e mira a raggiungere l'adeguamento del giuridico al sociale senza frantumare l'unità dei principi della scienza, senza invocare una regolamentazione giuridica differenziata per tutti i nuovi casi. La responsabilità aquiliana degli anni Ottanta non potrà essere più soltanto la disciplina delle regole del gioco individualistico, proprietario e borghese, dovrà

(23) F. FILOMUSI GUELF, *La codificazione civile e le idee moderne che a essa si riferiscono* (Discorso letto nella R. Università di Roma il giorno 3 novembre 1886 in occasione della solenne inaugurazione degli studi), ora in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto* (a cura di G. Del Vecchio), Milano, Giuffrè, 1949, pp. 205 e 206.

(24) Cfr. V. POLACCO, *Prelezione al corso di istituzioni di diritto civile letta nella R. Università di Padova il giorno 26 novembre 1884*, Padova, tip. del Seminario, 1885 e, soprattutto, V. POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile* (Prelezione letta a Camerino il 22 gennaio 1885), Camerino, Savini, 1885. Si può confrontare anche una breve recensione di G.P. Chironi a quest'ultimo lavoro nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (II, 3, 1886, pp. 472 e 473) da cui emerge una piena comunanza di vedute: «...riformare radicalmente il Codice civile è negare quella evoluzione che pur è fondamento della sociologia, è credere che con privilegi malintesi si possa risolvere la questione sociale, è affidarsi alla efficacia di uno spostamento temporaneo del male, che se per un momento ne lenisce il dolore, non vieta che progredisca e si faccia poi sentire maggiormente acuto». Sulla comune visione moderata di Chironi e Polacco nel dibattito degli anni Ottanta cfr. G. CAZZETTA, *Leggi sociali, Cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), pp. 178 e ss.. Per un ampio affresco del pensiero giuridico di Vittorio Polacco si cfr. P. GROSSI, «Il coraggio della moderazione» (*Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18, 1989, pp. 197-251.

necessariamente espandersi per tutelare nuovi beni, nuovi soggetti; l'espansione della responsabilità non dovrà però sconvolgere le basi del diritto civile e alterare le certezze della scienza giuridica. La risposta al continuo formarsi di situazioni non previste dal Codice non dovrà quindi essere affidata al solo legislatore, ma dovrà continuare ad essere filtrata attraverso il sapere tecnico della scienza giuridica.

I sistemi della responsabilità civile presentati negli anni Ottanta dai giuristi più accorti andranno considerati, dunque, non solo come tentativi di superare la crisi di comprensione della nuova realtà presente nella civilistica esegetica e come il frutto maturo della rivolta contro l'indirizzo di studi importato dalla Francia, ma anche come risposta della disciplina al timore della frantumazione, della divisione nei suoi principi, della fine della supremazia civilistica e del diritto comune.

3. *Tra diritto comune e leggi speciali.*

Le relazioni cui abbiamo accennato tra 'crisi', rivolta contro l'esegesi e sistema indicano solo uno, anche se, come vedremo, il più significativo, degli itinerari nati tra gli anni Settanta e Ottanta e poi percorsi dalla civilistica italiana. Un'altra via di soluzione della crisi fu quella, più immediata e più lacerante per le certezze di diritto comune, di invocare un intervento del legislatore, di richiedere di fronte alle particolarità delle nuove situazioni una legge speciale atta a fornire una disciplina per esse. La crisi di comprensione della civilistica è superata in questo caso fornendo all'interprete nuove normative per i nuovi casi: il legislatore interviene e tempera le rigidità del diritto comune, colma le lacune, attenua gli eccessi individualistici del diritto uguale in considerazione delle esigenze sociali. Si ha una risposta immediata, che non si preoccupa delle connessioni tra la nuova disciplina e il quadro antecedente, ma unicamente dell'esigenza di 'dare giustizia' ad una situazione schiacciata dall'impero della legge comune. Il protagonista, colui che fornisce la risposta alla situazione particolare e che la sottrae all'indistinta disciplina uguale, non è in questo caso il giurista ma il legislatore. Il giurista deve solo sottrarre dal diritto comune alcuni casi ed affidarli alla nuova disciplina creata dal legislatore.

Sono osservazioni che possono apparire ovvie, se lette senza staccarsi un po' dal presente che offre non rari esempi di interventi speciali del legislatore. Si dirà: non occorre parlare di strategia per far riferimento ad un semplice intervento legislativo sul diritto civile; esso non implica alcuno snaturamento del ruolo del giurista, né una messa in discussione delle certezze della scienza giuridica. Tali considerazioni, già inadeguate per un'interpretazione della realtà odierna, sono fuorvianti per la comprensione del periodo qui considerato.

Limitiamoci a due osservazioni. La legge speciale si scontra nella seconda metà dell'Ottocento con una concezione del diritto civile codificato che è di tipo costituzionale: i princìpi di diritto comune sono reputati imm modificabili, devono essere certi e fissi per ogni tipo di relazione; l'intervento sociale del legislatore — e questa è un'altra convinzione estremamente diffusa — non può incidere sui princìpi giuridici civilistici, poiché non si possono mutare normative 'di diritto naturale', 'codificazione dei princìpi di giustizia', in base ad esigenze sociali transitorie, in riferimento ad interessi di carattere pubblicistico. Sono convinzioni radicate nella cultura giuridica del periodo: impediscono che l'intervento del legislatore possa considerarsi 'normale' e colorano le richieste di intervento speciale di precisi connotati. Per rendersene conto è sufficiente osservare gli scontri che affiancarono le prime proposte di leggi sociali ed in particolare il travagliatissimo dibattito che accompagnò i vari progetti sulla responsabilità per gli infortuni sul lavoro; dibattiti in cui i fautori dell'intervento speciale attaccarono in primo luogo i giuristi e la loro concezione di un diritto comune immobile, imm modificabile ⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ È sufficiente ascoltare solo qualche voce: « ... qui non si tratta — affermava il deputato Giovagnoli, discutendo nel 1885 alla Camera dei deputati il progetto Berti relativo all'inversione dell'onere della prova per gli infortuni sul lavoro — di diritto comune. Si tratta di un diritto speciale per un bisogno speciale, si tratta di un diritto nuovo che deve applicarsi ai nuovi casi che prima non erano previsti (...). Qui dunque non è né il luogo, né il momento di invocare la rigida severità del diritto comune, la sottigliezza raffinata del *summum jus* (...). D'altronde, è forse infallibile il vostro diritto comune? È forse immobile il vostro diritto comune? » (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, Leg. XV, I sessione, 15 maggio 1885, p. 13713). Si confronti ancora, nella stessa tornata, l'intervento di Umana: « Il Codice è il portato della scienza, ma non è la scienza; poiché la scienza è progressiva, mentre un Codice cristallizza e

La richiesta di un intervento speciale legislativo è intesa in questo quadro non come una necessità, ma come una precisa scelta, come specifica strategia di risposta al sociale; una strategia che sempre più apparirà come una dichiarazione di resa del giurista al legislatore, di impotenza del diritto comune di fronte al variegarsi dei 'soggetti e dei beni' (26). Vedremo come i giuristi che più da vicino si occuparono del tema della responsabilità civile tennero a precisare che era possibile risolvere i problemi 'speciali' senza ricorrere al legislatore, senza invocare una legge speciale, ma attenendosi al sistema, alla interpretazione sempre più arditata del Codice. Scegliendo il sistema si potrà fare a meno dei nuovi interventi legislativi, 'capovolgere' il Codice e schierarsi a difesa dei suoi principi unitari, contro la frammentazione del diritto comune: la scelta per il sistema si rivela presto intimamente contrastante con quella delle leggi speciali. Quello che muta nei due casi è il ruolo dei giuristi e della scienza di fronte al legislatore: diverso è il modo di affrontare i mutamenti sociali e la valutazione del diritto comune; diversa è la concezione della legge, la risposta offerta alla prima perdita dei suoi contenuti di generalità e astrattezza per far fronte alla concretezza, alle particolarità del variegarsi delle situazioni sociali.

L'affacciarsi sulla scena del diritto borghese di nuovi soggetti scatena le tensioni interne al concetto di uguaglianza, la cui nozione

rende immutabili e le teorie e le disposizioni che abbracciò e proferì. Un Codice risponde alla scienza del tempo trascorso e forse anche dell'oggi; ma non può rispecchiare la scienza del domani (...). Dirò altresì a questi rigidi ed inflessibili giureconsulti: sonvi forse tutt'ora nel mondo teorie che non siano discutibili? Ammettonsi autorità alle quali bisogna sempre soggiacere? La scienza ha dunque limiti che non si debbano sorpassare? No, (...) il rispetto che debbo alla scienza del diritto e ai Codici (...) non mi persuaderà mai che in un Codice non si possano introdurre aggiunte, nuove disposizioni e schiarimenti; insomma quanto sia necessario per renderlo veramente adatto alle mutate e mutabili condizioni della società» (*ibidem*, p. 13724). Cfr. inoltre gli interventi dei deputati Ferrari, Bonacci, Pasolini (*ibidem*, tornata del 13 maggio) e quello di Domenico Berti (tornata del 18 maggio). Di quest'ultimo giova anche consultare D. BERTI, *Le classi lavoratrici e il Parlamento*, Roma, tip. Voghera, 1885. Sulla questione ritorneremo in maniera più ampia nel capitolo decimo.

(26) Sul diverso articolarsi del pensiero giuridico italiano di fronte al tema dell'intervento sociale dello Stato si rinvia a G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, cit., pp. 172 e ss..

meramente formale non appare più sufficiente (27): sia il sistema, che le leggi speciali appaiono come proposte per risolvere i contrasti e per ridare la possibilità al diritto civile di aderire nuovamente alla totalità delle situazioni giuridiche private senza generare evidenti ingiustizie.

La richiesta di una legge speciale, anche quella relativa a modificazioni minuscole del diritto codificato, è percepita come proposta di radicale rivoluzionamento del diritto comune, di sconvolgimento degli assetti consolidati del diritto uguale in nome di istanze solidaristiche estranee all'equilibrio proprietario borghese stabilito nel Codice. Il problema è particolarmente sentito in relazione alla 'questione operaia', al delinearsi di una conflittualità non coinvolgente più le relazioni tra i singoli ma quelle tra i gruppi, al prevalere di una 'idea di diritto' anche tra i lavoratori e al superamento dei rapporti con i 'non possidenti' determinati dal solo buon senso, dalla morale e dal paternalismo.

Chi invoca la legislazione operaia, legislazione sociale-speciale per la nuova situazione incontenibili entro le forme antiche (28), lo fa spesso retoricamente, attribuendole significati contrastanti o intendendola semplicemente come il segno incontrastato del 'nuovo' nel diritto e, nello stesso tempo, come strumento per imbrigliarlo. La legislazione operaia può così essere rappresentata come il momento di unione tra società e Stato, come incontro tra le istanze del sociale e gli apparati istituzionali, come strumento di conservazione sociale e di progresso morale e civile, come nuovo fondamento della costituzione politica. Essa concilia i conflitti; attenua le rigidità del diritto comune; è sicura garanzia di conservazione; è progresso morale; è solidarietà; è trionfo dell'altruismo e del diritto dei deboli. Una retorica che vede spesso i giuristi schierati per le leggi sociali, pronti ad individuare in esse il primo segno della 'nuova fase' del diritto civile, dell'avvento del Codice di diritto privato sociale, del Codice dell'avvenire.

Un vero e proprio mito delle leggi sociali attraversa la cultura

(27) Ritroviamo una lucida consapevolezza di tali aspetti, ad esempio, nelle pagine di F. SCHUPFER, *La responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, Roma, tip. Botta, 1883.

(28) Cfr., ad esempio, D. BERTI, *Le classi lavoratrici e il Parlamento*, cit., p. 74.

del periodo, un mito che si scontra duramente con la sostanziale pochezza dei progetti approvati, con la scarsa chiarezza politica delle proposte riformatrici e con la forza di resistenza della disciplina giuridica uguale del diritto comune ⁽²⁹⁾.

Non è a questo mito generico delle leggi sociali che ci interessa far qui riferimento, bensì alle sue sedimentazioni nelle analisi degli istituti giuridici, alla sua influenza sul lavoro quotidiano del giurista. La richiesta di leggi speciali, ad esempio, è accentuata spesso dalla incapacità ricostruttiva della scienza giuridica e dalla convinzione dell'impossibilità di piegare i principi di diritto comune alle nuove situazioni di fatto. Una dogmatica che è mera esecutrice delle norme del diritto privato uguale, e che ritiene il giuridico impermeabile alle relazioni sociali e di potere tra i singoli, rinvia alla legge speciale quasi in un atto di resa: l'interprete si sente costretto o a sancire, restando all'interno del diritto comune uguale, un'ingiustizia per il caso concreto oppure a vincerla solo facendo riferimento ad un comando speciale del legislatore.

È un modello interpretativo che emerge con particolare chiarezza in una situazione in cui il dominio della paleocivilistica esegetica è ancora incontrastato e la fiducia nelle potenzialità del sistema non si è ancora consolidata. Possiamo mostrarlo prendendo come esempio gli studi di Cesare Nani della metà degli anni Settanta riguardo ad un settore, quello del trasporto ferroviario, in cui la richiesta di normative particolari, speciali, si faceva sempre più pressante, al punto da indurre molti a configurare di già una nuova branca del sapere giuridico, una disciplina autonoma: « il diritto ferroviario » ⁽³⁰⁾. L'analisi di Nani ci sposta in una zona che è limitrofa rispetto all'oggetto immediato del nostro interesse, ma è comunque rilevante ai fini del nostro discorso, soprattutto perché Nani non perde mai di vista le linee generali del dibattito civilistico e sviluppa un parallelo continuo tra il rigore del diritto comune e le

⁽²⁹⁾ Ci sia consentito rinviare ancora a G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, cit..

⁽³⁰⁾ Cfr. C. NANI, *Della responsabilità delle amministrazioni ferroviarie relativamente ai trasporti*, Torino, Bona, 1874; C. NANI, *Studi di diritto ferroviario*, in *Archivio giuridico*, XIV, 4 e 5, aprile/maggio 1875, pp. 297 e ss.; XVI, 6, giugno 1876, pp. 505 e ss.; XVII, 4 aprile 1877, pp. 328 e ss..

nuove esigenze; inoltre perché, nel mostrare quelle che sono a suo dire le 'impotenze' del diritto comune, le sue pagine hanno un gran pregio, quello di parlar chiaro.

Il quesito centrale cui Nani intende rispondere è il seguente: devono valere per il trasporto ferroviario le stesse norme vigenti per i vetturali e i commissionari oppure è più conveniente che una legge detti delle disposizioni particolari? Si deve rimanere nel diritto comune oppure occorre una legge speciale? Lo storico del diritto si schiera senza mezzi termini per la legge speciale, adducendo una vasta quantità di motivi, molti dei quali ampiamente utilizzati in quegli anni a favore del progetto spaventiano di statalizzazione. Non si può — dice — considerare soltanto « ciò che fanno le ferrovie » e tenerle perciò in conto di vettori o commissionari di trasporto, senza esaminare « quello che sono le società ferroviarie »⁽³¹⁾, senza scorgere il loro monopolio di fatto, il modo completamente nuovo con cui sono ordinate ed estrinsecano la loro azione⁽³²⁾. Richiamarsi per le ferrovie alle norme di diritto comune significa soltanto accrescere « la confusione e l'incertezza nei rapporti fra il commercio e gli stabilimenti ferroviari »⁽³³⁾, significa non rendersi conto degli interessi pubblici sottesi a tale esercizio che non può essere abbandonato agli interessi dei privati azionisti⁽³⁴⁾. La parte di *iure condendo* del discorso del Nostro, richiedente una legge speciale, imperativa, volta a regolamentare la nuova situazione, si sorregge soprattutto sull'argomento della impossibilità di affrontare le nuove circostanze di fatto restando nel diritto comune.

Uno tra i problemi più rilevanti che la giurisprudenza affrontava in quegli anni riguardava l'interpretazione da dare alle norme regolamentari delle società ferroviarie sancenti una limitazione di responsabilità. I regolamenti — ci si chiedeva — sono clausole contrattuali? E, ammesso che lo siano, possono variare la misura di responsabilità che secondo la legge spetta ai vetturali e ai commissionari?⁽³⁵⁾ Nani

(31) C. NANI, *Studi di diritto ferroviario* (1876), cit., p. 513.

(32) C. NANI, *Studi di diritto ferroviario* (1876), cit., p. 514.

(33) C. NANI, *Studi di diritto ferroviario* (1876), cit., p. 518.

(34) Il rilevante interesse pubblico e l'esistenza di un monopolio di fatto sono, secondo Nani, argomenti sufficienti per invocare anche l'esercizio delle ferrovie da parte dello Stato.

(35) Cfr. C. NANI, *Studi di diritto ferroviario* (1876), cit., pp. 528 e ss.; nonché C.L.

è fermamente convinto che l'ammissibilità delle limitazioni di responsabilità sia l'unica disciplina desumibile dal diritto comune e ritiene non fondati gli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza per negare tale deroga dei principi generali della responsabilità. Molti infatti ritenevano che la presunzione di conoscenza dei regolamenti da parte dei privati costituisse solo una finzione di consenso, poiché la clausola convenzionale era utilizzata dal contraente forte come strumento per imporre una regola cui la controparte — nella situazione di monopolio — non avrebbe che potuto prestare un consenso forzato ⁽³⁶⁾.

Di fronte a tali argomentazioni il punto centrale che Nani tiene a ribadire è un altro, quello per cui non si può, in presenza di un diritto comune uguale, negare ad un privato, solo perché è 'più forte', di accordarsi con altri per derogare in parte agli articoli 1151 e seguenti del Codice civile. Sul punto però giova ascoltare lo stesso Nani: « che le ferrovie costituiscano un monopolio, nello stesso modo dei telegrafi, è cosa evidente per noi, e appunto perciò facciamo voti che questo monopolio venga assoggettato al freno della legge, e subisca più largamente e profondamente che ora non accada l'azione dello Stato. Ma finché la legge non abbia provveduto con nuove ed acconcie disposizioni, il monopolio non può modificare menomamente la posizione giuridica che il diritto attuale assicura alle ferrovie, siccome ad ogni altro ente o persona sottoposto al suo impero. La libertà contrattuale, cioè, nei limiti che la legge riconosce ad ogni cittadino, spetta pure, mancando qualsiasi condizione che la restringa, alle Amministrazioni ferroviarie. Epperò se si ammette che un privato possa mediante un suo patto privato esonerarsi della sua colpa leggiera, lo stesso potranno fare anche le ferrovie » ⁽³⁷⁾.

GASCA, *Il codice ferroviario*, vol. II, *Diritto privato*, Milano, Hoepli, 1889, pp. 257 e ss.; E. VIDARI, *Il contratto di trasporto terrestre*, Milano, Hoepli, 1890, pp. 229 e ss.. Una breve sintesi del dibattito è in E. OTTOLENGHI, *Lo Stato e il contratto di trasporto ferroviario*, Torino, Bocca, 1907, pp. 74 e ss..

⁽³⁶⁾ Per un quadro della situazione della giurisprudenza sul punto cfr. C. NANI, *Studi di diritto ferroviario* (1876), cit., pp. 564 e ss.. Fondamentali sul tema restavano le argomentazioni di F. SERAFINI, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*, cit., pp. 182 e ss..

⁽³⁷⁾ C. NANI, *Studi di diritto ferroviario* (1876), cit., p. 560.

Il diritto comune è nella nuova situazione la prigioniera dell'interprete che non deve alterare a suo capriccio il diritto uguale in relazione a diverse situazioni di fatto, che non deve forzare con l'interpretazione la legge per rendere più eque le situazioni di privilegio. Se Serafini riteneva possibile affrontare i problemi della società industriale con i principi di diritto romano, risolvere con il diritto comune le questioni delle innovazioni tecnologiche ⁽³⁸⁾, Nani ritiene al contrario che è proprio la generalità del diritto comune l'ostacolo che impedisce una soluzione giusta al caso in questione: « Se questo stato di cose è fonte di inconvenienti, sta al legislatore provvedere. Invano si fa appello al *diritto comune* contro le ferrovie, perché se per diritto comune si ha da intendere, come pare, quello che vale per tutti, esso le favorisce in quanto non toglie loro la piena libertà contrattuale » ⁽³⁹⁾.

L'intrinseca diversità del vettore ferroviario lo pone dunque fuori dal diritto comune che nella sua normativa uguale, « che vale per tutti », non può assoggettarlo a delimitazioni, a differenziazioni con astratti riferimenti sistematici — per negare la validità della clausola si invocava infatti l'ordine pubblico e il buon costume —; l'unica soluzione è la legge speciale, che è indispensabile, inevitabile. La figura giuridica di diritto comune rimane così inalterata e le si sottrae il caso anomalo cui non si può fornire una risposta giusta.

L'inalterabilità del diritto comune è utilizzata anche dagli op-

⁽³⁸⁾ Cfr. F. SERAFINI, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*, cit..

⁽³⁹⁾ C. NANI, *Studi di diritto ferroviario* (1876), cit., p. 564. Il problema delle clausole limitative di responsabilità venne affrontato non con legge speciale, bensì con l'articolo 416 del codice di commercio del 1882 (sul dibattito che precede l'approvazione di tale articolo cfr. C.L. GASCA, *Il codice ferroviario*, vol. II, *Diritto privato*, cit., pp. 257 e ss.) che stabiliva la inderogabilità della responsabilità delle società ferroviarie « salvo che alla limitazione di responsabilità corrisponda una diminuzione del prezzo di trasporto stabilito nelle tariffe ordinarie, offerta con tariffe speciali ». Tale situazione legislativa mutò con l'approvazione, nel 1885, delle Convenzioni ferroviarie in base alle quali le Amministrazioni delle strade ferrate avevano facoltà di modificare le condizioni generali di trasporto e quindi anche la misura della propria responsabilità, anche senza far riferimento a tariffe speciali, purché le modificazioni fossero approvate dal governo. Su quest'ultimo punto cfr. E. VIDARI, *Il contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 249; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., vol. V, 2. ed. (1886), pp. 419 e ss..

positori dell'intervento legislativo; si rifiuta però in questa linea la sottrazione dell'ipotesi particolare. L'uguaglianza e le certezze scientifiche fornite dal diritto comune sono utilizzate come argomento contro la legge speciale. Il vettore ferroviario — si osserva — non adempie a funzioni diverse da quelle del vettore ordinario; è vero, sì, che svolge la sua attività in regime di monopolio, ma tale situazione di fatto non è sufficiente a mutare le linee essenziali di una figura giuridica e a crearne una nuova. Non solo: accettare oggi la sottrazione delle ferrovie dal *genus* 'vettore', significherebbe domani creare tanti nuovi istituti giuridici tutte le volte che sorgesse la necessità di tutelare il pubblico contro il prepotere di un'azienda monopolizzatrice (40). Significherebbe schierarsi per la fine del diritto comune, per la fine della scienza giuridica e del diritto.

L'intervento speciale può risolvere l'ingiustizia del caso concreto, ma crea frammentazione, impedisce di pensare ad unitari istituti giuridici, distrugge il diritto e il ruolo del giurista, frastagliando la corrispondenza del giuridico al sociale in una richiesta incessante di 'coperture' per i nuovi casi; abiti fatti su misura di un solo modello e facili al logoramento, inutilizzabili in nuove situazioni. Tali preoccupazioni, rimanendo sempre in tema di 'diritto ferroviario', assillano anni dopo il commercialista Ercole Vidari alle prese con il contratto di trasporto: l'importanza delle ferrovie — afferma — è sicuramente grande e crescente, « tanto grande che taluni vorrebbero staccare la legislazione dal Codice di commercio, per farne argomento di una legge speciale. Una esagerazione (...) questa; perché di tal modo, non vi sarebbe ragione di negare uguale separazione, per esempio, al trattato delle società e delle assicurazioni, al diritto marittimo, al fallimento ecc.. Ma allora dove si andrebbe a finire? tanto varrebbe sopprimere il Codice di commercio. È questo forse lo scopo cui mirano i fautori di tali novità? Parrebbe di sì, ove si guardi (...) all'opera di quelli che vorrebbero sbocconcellare, per così dire, il diritto e i codici di commercio in tante parti, quanti sono gli istituti economici e giuridici di cui ci

(40) Cfr. il dibattito sul punto riportato in C.L. GASCA, *Il codice ferroviario*, vol. II, *Diritto privato*, cit., pp. 257 e ss. e in E. OTTOLENGHI, *Lo Stato e il contratto di trasporto ferroviario*, cit., pp. 77 e ss..

occupiamo » (41). Il giurista — continua — deve « resistere virilmente » a queste teorie che « condurrebbero ad un essenziale snaturamento del diritto commerciale e alla perdita della sua secolare autonomia » (42).

Ricorso a leggi speciali e proliferazione dei 'settori giuridici' snaturano il diritto e la scienza, negano la loro autonomia: impediscono il lavoro del giurista, il suo continuo interrogare i vecchi principi con fatti nuovi, la sua capacità di filtrare la realtà entro sofisticate e consolidate categorie logiche ben formalizzate. La legge speciale, la soluzione del fatto nuovo non mediante l'assorbimento in vecchi istituti, ma la loro proliferazione, si pone presto in contrasto con la visione che la scienza giuridica aveva di sé, del proprio lavoro e della capacità onnicomprensiva dei propri strumenti.

Vedremo meglio nelle pagine seguenti come il dibattito sul metodo, le discussioni sul diritto sociale, la rivolta contro le incomprendimenti della paleocivilistica esegetica, quando perdono il carattere di nebulosi dibattiti, si sedimentano in riferimento alla ricostruzione del nostro istituto in queste due precise strategie, raramente percepite come congiunte, spesso invece intese come radicali alternative alla sfida posta dai mutamenti sociali del periodo.

4. *Metamorfosi della responsabilità civile tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta.*

Non si possono comprendere i nuovi sistemi per la responsabilità aquiliana, ideati a partire dalla metà degli anni Ottanta, se non si seguono prima le vicende dell'affermarsi negli anni immediatamente precedenti di teorie, di proposte legislative, di interpretazioni giurisprudenziali che incrinavano le linee dell'istituto così come erano presenti nella tradizione esegetica. I sistemi degli anni Ottanta infatti sono tentativi della scienza giuridica di riformulare un quadro unitario, di tessere coi principi la tela di un istituto che la nuova realtà sociale aveva sfilacciato giorno dopo giorno.

La responsabilità civile fu protagonista di primo piano nello

(41) E. VIDARI, *Il contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 3.

(42) E. VIDARI, *Il contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 3.

scontro tra diritto comune e frammentazione, tra sistema e leggi speciali, tra scienza giuridica e legislatore; contrasti che incisero profondamente sulla fisionomia dell'istituto, determinandone nuove configurazioni, facendone emergere nuovi contenuti e funzioni. Le formulazioni innovative erano risposte alla crisi di comprensione della civilistica: tentavano di adeguare le vecchie strutture degli esegeti alle rinnovate esigenze e di impedire che i nuovi fatti travolgersero la stessa scienza civilistica ed il diritto comune.

La rivolta contro l'esegesi, le critiche al Codice, l'esigenza di mutare alcuni suoi principi in corrispondenza dei mutamenti sociali, emergono nella lettura dell'istituto in maniera più precisa e al tempo stesso più vaga. Il contatto con la concretezza del caso particolare, con cui l'analisi dell'istituto deve sempre misurarsi, fa infatti emergere netto il contrasto tra applicazione della norma nella sua interpretazione tradizionale e nuove situazioni di fatto difficilmente collocabili entro i suoi schemi e mostra a pieno la inanità dello sforzo di affrontare col semplice commento la nuova realtà. D'altra parte, le istanze di rinnovamento globale, di riformulazione del diritto civile *ab imis fundamentis* appaiono solo vaghe astrazioni, poiché lo studio dell'istituto deve fare maggiormente i conti con il peso della tradizione, forte di una casistica consolidata, e con la ritrosia delle tecniche a mutarsi repentinamente. Per cui le tematiche generali cui abbiamo fatto cenno, se guardate attraverso il filtro degli studi sulla responsabilità, appaiono a tratti ingrandite e a tratti rimpicciolite: la crisi di comprensione dello strumentario esegetico è, per esempio, esaltata in pieno, mentre — come vedremo — si ridimensiona il 'salto' dall'esegesi al sistema ed il clamore di tanti discorsi innovatori.

Seguiremo su due temi specifici la 'crisi' della responsabilità civile nella sua veste esegetica tra la fine degli anni Settanta e gli inizi degli anni Ottanta, prestando particolare attenzione alle forze centrifughe insinuatisi nel vecchio ordine. Si seguirà dapprima il dibattito sulla responsabilità per gli infortuni sul lavoro e poi le dispute relative alla configurabilità di una responsabilità della pubblica amministrazione per fatto dei pubblici funzionari. La scelta non è certo casuale: si tratta, in primo luogo, degli argomenti più rilevanti e problematici affrontati in questi anni; e, in secondo luogo, delle tematiche più disgreganti, di quelle che più accentuavano la crisi di

comprensione in cui versavano la giurisprudenza e la dottrina, poiché minavano la configurabilità del presupposto di base per ogni ricostruzione: l' idoneità del diritto comune civilistico a ricoprire la generalità dei casi, a rispondere ad ogni nuova questione.

4.1. *Responsabilità aquiliana ed inversione dell'onere della prova.*

Il tema degli infortuni sul lavoro divenne all'inizio degli anni Ottanta un banco di prova della responsabilità civile e della sua capacità di far fronte ai mutamenti in atto: l'argomento evidenziò la fragilità di molte costruzioni consolidate e diede vita a opposte strategie che si contrapposero in un dibattito lungo ed estenuante che si trascinò sino al 1898.

L' assunto centrale da cui muovono i fautori di una riforma è l'insufficienza degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile a far fronte alle particolarità del caso dell'infortunio sul lavoro: il diritto comune — dicono — è ingiusto nella sua astratta uguaglianza, incapace di valutare la nuova realtà del lavoro industriale, troppo rigido nella severità delle richieste probatorie all'operaio infortunato. A partire dal 1878 furono proposti innumerevoli progetti legislativi per modificare, riguardo all'onere della prova, l'applicazione della responsabilità aquiliana agli infortuni ⁽⁴³⁾: ispirandosi alla legge tedesca del 7 giugno 1871 sulla responsabilità per uccisioni o ferimenti avvenuti nell'esercizio di ferrovie ⁽⁴⁴⁾, si proponeva che la responsabilità dell'infortunio ricadesse sui datori di lavoro, salvo

⁽⁴³⁾ Cfr. Proposta di legge del deputato Pietro Pericoli, in *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti*, leg. XIII, 2^a sessione, 1878-1879, doc. n. 191; Proposta di legge di iniziativa dei deputati Minghetti, Luzzatti, Villari, Sonnino, in *ibidem*, leg. XIV, 1^a sessione, 1880, doc. n. 75; Disegno di legge presentato dal Ministro di agricoltura, industria e commercio (Berti), in *ibidem*, leg. XIV, 1^a sessione, 1880-1881, doc. n. 215; ed infine il disegno di legge presentato dallo stesso Ministro nella nuova legislatura, in *ibidem*, leg. XV, 1^a, sessione, 1882-1883, doc. n. 73.

⁽⁴⁴⁾ Cfr., § 1 della *Haftpflichtgesetz* del 7 giugno 1871: « Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebs-Unternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist ».

che essi dimostrassero il caso fortuito o la colpa del danneggiato ⁽⁴⁵⁾. Si trattava di operare — spiegavano i proponenti — solo una lieve modificazione del diritto comune, stabilendo una presunzione legale di colpa a carico di chi può « prevedere e provvedere » ⁽⁴⁶⁾, considerando cioè non soggetti astrattamente uguali, ma la particolarità della « posizione dell'operaio (...) che se non è di soggezione giuridica, certamente ha dei gravi vincoli » ⁽⁴⁷⁾.

L'astratta uguaglianza imposta dal rigore del Codice — aggiungevano i proponenti — va spezzata: occorre affrontare il problema dell'infortunio sul lavoro in maniera empirica, valutando la scarsità dei ricorsi vittoriosi dell'operaio nello stato attuale della giurisprudenza ⁽⁴⁸⁾, la gravosità della « qualità della prova » richiesta dal diritto comune all'operaio a fronte delle sue « condizioni speciali » e delle nuove condizioni del lavoro industriale ⁽⁴⁹⁾. Lo studio empirico non può che spingere all'abbandono delle astrazioni, al rifiuto dei dogmi, per far spazio all'introduzione di una normativa speciale volta a modificare l'onere probatorio; d'altra parte, la modificazione — si tiene a precisare — non introduce certo un principio giuridico ignorato dal Codice e senza precedenti nella legislazione civile ⁽⁵⁰⁾. La proposta dell'inversione dell'onere della prova era in tal modo presentata come una delle tante espressioni dei principi del diritto comune, anche se non si mancava di notare che il problema in realtà doveva esser posto in termini diversi da quelli rigorosamente giuridici, seguendo criteri di opportunità sociale e politica: « la vera posizione giuridica della questione non è di vedere se possa conciliarsi una tale inversione della prova col principio di

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Art. 2 del progetto Pericoli; art. 3 del Progetto Minghetti, Luzzatti, Villari e Sonnino; ed il primo articolo dei due disegni di legge di Berti.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Proposta di legge del deputato Pietro Pericoli, cit..

⁽⁴⁷⁾ Particolarmente rilevante da questo punto di vista era la previsione dell'articolo 9: « È vietata la rinuncia al beneficio di questa legge da parte degli operai e delle loro famiglie » (progetto Pericoli). Così disponevano anche gli altri progetti (art. 7 progetto Minghetti...; articoli 6 e 10 nei disegni di legge di Berti della XIV e della XV legislatura).

⁽⁴⁸⁾ Cfr. soprattutto le osservazioni di Berti nella presentazione del suo secondo progetto (leg. XV, 1^a sessione, 1882-1883, doc. n. 73, pp. 6 e 7).

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, pp. 7 e 8.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *loc. ult. cit.*.

diritto comune per cui *actori incumbit probatio*; ma piuttosto se nel caso concreto esistono sufficienti motivi per giudicare una presunzione legale a favore dell'operaio » (51).

Le reazioni di molti deputati e giuristi ci mostrano quanto dirompente fosse l'argomentazione 'empirica' e come la pur minuscola modificazione del diritto comune fosse percepita come sconvolgimento della stessa configurabilità del giuridico. È proprio su tale punto infatti che si concentrò l'attacco contro i progetti: il legislatore non può, non deve affrontare il tema in modo 'empirico', perché non può, per motivi di mera opportunità sociale, spingersi ad incidere così profondamente sugli imm modificabili principi di diritto comune; l'errore, si sostenne ancora, non sta nel chiedere una disciplina per le nuove situazioni, ma nell'invocarla contrastando i principi di diritto comune, affermando con l'inversione una regola deviante dalla « comune ragione giuridica » (52), un principio che « non è giustificato dalla ragione giuridica, poiché la responsabilità civile, involgendo questioni di *tuo* e *mio* non può determinarsi per criteri subbiettivi, attinti dalle condizioni sociali dell'offeso, ma deve sottostare alle norme del diritto comune, che regolano obbiettivamente tutta la materia del quasi delitto. Ogni deviazione da queste norme costituirebbe un privilegio a favore di una classe a detrimento dell'altra » (53).

L'intangibilità dell'uguaglianza formale e l'esigenza di non confondere 'le verità' giuridiche con le opportunità sociali spingono a esaltare l'immutabilità di regole di cui pur non si esita a riconoscere l'ingiustizia nelle nuove situazioni: i principi giuridici devono comunque restar tali, non possono dunque variare per rispondere alle esigenze 'particolari' di una classe; la regola comune della responsabilità non può essere sconvolta da 'fatti' e 'bisogni' propri di un solo gruppo sociale; le regole del 'vero e del giusto' non mutano di fronte all'interminabile comporsi e scomporsi delle vita sociale. È

(51) *Ibidem* p. 7.

(52) Cfr. Relazione della Commissione sul disegno di legge presentato dal Ministro di agricoltura, industria e commercio (Berti), (Relatore Chimirri), in *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti*, leg. XV, 1ª sessione, 1882-83-84, doc. n. 73-A, pp. 1 e 2.

(53) *Ibidem*, p. 3

quanto costantemente emerge da una moltitudine di scrittarelli giuridici sul tema e dal dibattito nelle aule parlamentari. Agli argomenti di coloro che si scagliano contro l'assurda pretesa di opporre alle innovazioni un diritto comune « immobile », « fisso », « infallibile », « cristallizzato una volta per sempre nel Codice »⁽⁵⁴⁾, si risponde sostenendo che se è vero che « le leggi ed i Codici non debbono essere cristallizzati », è anche vero che « in essi si trovano riepilogati i risultati di lunghissime esperienze, di studi lunghi, profondi, ponderosi, sereni »; una riflessione scientifica che ha espresso principi da sottrarre ai voleri capricciosi del legislatore: « nella legge comune ci sono dei principi immodificabili, perché il giusto e il vero sono per se stessi sostanzialmente eterni e immutabili », ed un principio « che non è mutato mai, e che non può mutare mai è quello per cui la colpa e la malafede non si presumono »⁽⁵⁵⁾. Altri nel respingere la proposta non esitano ad invocare

⁽⁵⁴⁾ Cfr. quanto riportato sopra nella nota n. 25. Si cfr. anche l'intervento di Luigi Ferrari (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni, Leg. XV, I sessione, 13 maggio 1885, p. 13646*) in cui si afferma tra l'altro: « Per noi la legislazione non è una scienza; deve essere uno strumento per provvedere ai bisogni che si manifestano nel consorzio sociale. (...) Ora lo Stato studia il modo di riparare ad una orrenda disarmonia sociale. Non può essere, non deve essere d'ostacolo la scienza legale ». E l'intervento di Grimaldi, succeduto a Berti al Ministero di agricoltura, industria e commercio, in cui si rivendicavano le ragioni del legislatore a provvedere agli interessi sociali « sia col Codice (...) sia anche senza e contro il Codice »: « questo benedetto Codice — esplose Grimaldi — si è messo attraverso alla questione. (...) il Codice civile non è poi questo ostacolo insormontabile (...). Noi crediamo che vi sia un interesse sociale a cui provvedere e vi provvediamo, sia col Codice, e in sua compagnia, sia anche senza e contro il Codice (...). Noi siamo legislatori, e dobbiamo vedere soltanto se esistono e meritano protezione quegli interessi a cui vogliamo provvedere, e in quale misura vi dobbiamo e vi possiamo provvedere. Queste sono le ricerche che dobbiamo fare, non altre. Per me questa figura di Codice rigida, impettita, che cammina in mezzo alle genti, senza tener conto dei lamenti di alcuno, restia a qualunque querela, restia a qualunque interesse, io questa figura non l'intendo » (*ibidem*, tornata del 18 maggio 1885, pp. 13783 e 13785) ».

⁽⁵⁵⁾ Intervento del deputato Picardi, in *ibidem*, tornata del 16 maggio 1885, p. 13744. Cfr. anche in *ibidem*, tornata del 18 maggio, l'intervento di Chimirri: « Noi non crediamo all'intangibilità de' Codici, e molto meno alla cristallizzazione della coscienza giuridica, ma pensiamo che le mutazioni in materia di diritto devono essere caute e lente, limitarsi alle applicazioni e non toccare i principii, che sono fondamento del vivere civile: pensiamo insomma che il diritto civile si possa svolgere ma non sconvolgere » (p. 13800). L'introduzione del principio dell'inversione dell'onere della prova rappresenta, da questo punto di vista, un pericolosissimo 'sconvolgimento' del diritto: l'inversione è « un

in modo più diretto il diritto naturale: « In materia di responsabilità bisogna ragionare per restrizioni poiché non è punto naturale che si risponda del fatto altrui e l'articolo 1153 è un'eccezione al diritto naturale » ⁽⁵⁶⁾.

Voci variegata si levano dunque a difesa del diritto comune, spesso animate dalla sola esigenza conservatrice di impedire una regolamentazione giuridica dell'infortunio a scapito delle antiche relazioni amichevoli e spontanee tra padroni ed operai fondate sul « cuore » ⁽⁵⁷⁾, spesso sorrette da una sincera preoccupazione per 'le sorti del diritto', scaturente dalla difficoltà di coordinare l'intervento legislativo sociale-speciale entro il quadro dei principi giuridici uguali, con « i principi fondamentali del diritto che non si possono, né si debbono infrangere » ⁽⁵⁸⁾.

Il lungo e ripetitivo dibattito di questi anni sull'inversione dell'onere della prova non ebbe, come è noto, alcun esito legislativo, ma evidenziò con nettezza i termini della questione e mise a nudo, assieme alla insufficienza, tutta la forza di resistenza dei principi di diritto comune e la radicata convinzione della inconciliabilità giuridica di un diritto civile uguale con una nuova normativa civilistica di tipo sociale.

Sono convinzioni che traspaiono anche dallo scritto più significativo dedicato a difendere giuridicamente i progetti sugli infortuni,

concetto antiggiuridico, repugnante ai principii del giure e contrario alla verità, un concetto che vorrebbe essere una presunzione, ed è invece una finzione, e finzioni in tema di diritto patrimoniale non possono ammettersi, a meno che non si voglia ridurre la proprietà a nome vano, esposta ai venti della politica e all'arbitrio delle maggioranze » (13803).

⁽⁵⁶⁾ M. SINIGAGLIA, *La responsabilità civile dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, Torino, Candeletti, 1885, p. 13.

⁽⁵⁷⁾ Cfr., ad esempio, gli interventi di Prinetti e di Mazziotti, in *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, Leg. XV, I sessione, tornata del 13 e del 15 maggio 1885. L'unica soluzione per Prinetti sta nell'assicurazione obbligatoria, essa colma le « disarmonie sociali » e non concede « diritti speciali alle diverse classi sociali ». In realtà, quello che deve essere accuratamente evitato è una 'giuridificazione' delle relazioni tra capitale e lavoro: « volendo sottoporre più direttamente, più efficacemente, come voi volete, all'azione del magistrato tutte queste questioni, si arriverà ad eliminare nei rapporti tra padrone ed operaio quella parte di cordialità e di cuore che finora, dobbiamo dirlo con soddisfazione, in Italia non è mai mancata » (p. 13653).

⁽⁵⁸⁾ E. CAVO, *Gli infortuni sul lavoro. Studio*, Napoli, Vallardi, 1886, p. 10.

quello di Francesco Schupfer. Il diritto uguale, il principio di uguaglianza — riconosce Schupfer — non deve essere di ostacolo alla soluzione delle nuove questioni sociali; anzi, è proprio valutando rettamente tale principio che occorre schierarsi per la modificazione processuale dell'onere della prova poiché « l'uguaglianza *formale* deve trovare il suo completamento nella uguaglianza *materiale*. Ma a tal uopo non è necessario che il diritto sia *lo stesso* per tutti, e non possa e non debba variare: anzi, *deve variare* secondo i fini a cui si riferisce, o se più vuolsi secondo le diverse applicazioni delle facoltà umane » (59). Non ci si spinge, però, a criticare con questo argomento i principi di diritto sostanziale — le linee della responsabilità per colpa sono repute infatti il perfetto assetto ottenuto da una lunga evoluzione che si è finalmente liberata da ogni residuo di barbarie — che sono ritenuti sufficienti ad affrontare i nuovi mutamenti sociali e difesi rigorosamente (60); anzi, è proprio affinché meglio imperi il principio della responsabilità per colpa anche nel caso degli infortuni sul lavoro che Schupfer chiede di eliminare gli ostacoli processuali relativi alle « lungaggini del processo » ed alla « difficoltà della prova » (61). La modificazione del diritto processuale è la salvaguardia della intangibilità dei principi della responsabilità: il diritto processuale, d'altronde, nell'estrema relatività delle sue regole si presta meglio del diritto sostanziale ad essere mutato senza « scalpore » (62).

Anche questo argomento, che fondava la richiesta dell'innovazione proprio nella tutela della normativa di diritto sostanziale, fu

(59) F. SCHUPFER, *La responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 25.

(60) *Ibidem*, pp. 14 e ss..

(61) *Ibidem*, p. 15. Cfr. su questi aspetti L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, Esi, 1986, pp. 102 e ss..

(62) F. SCHUPFER, *La responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 26: « Quand'è che il diritto processuale è stato riguardato come un diritto assoluto? Forse nessun diritto ha carattere assoluto; ma tutti riflettono le condizioni speciali della società e dei tempi in cui trovarono applicazione: sono infinite circostanze economiche e morali che influiscono a determinarli e a foggiarli, e mutate queste anche il diritto si altera, si muta, si estingue forse, per dare nascita a nuove formazioni giuridiche. Ma se ciò è vero del diritto in genere, è anche più vero degli ordinamenti processuali, che a ben guardare non sono che la forma con cui il diritto viene fatto valere nei civili consorzi. I principii concernenti alla procedura sono eminentemente relativi; e infatti il modo con cui essa è stata regolata ha variato più volte nella storia ».

respinto da quanti si schierarono a difesa della necessità di non contaminare il diritto comune con principi di utilità sociale. Quando non si ricorse a rozze invettive ⁽⁶³⁾, si mirò a mostrare con argomenti spesso fragili come l'inversione non fosse solo un'irrelevante modificazione processuale, ma un vero e proprio attentato ai principi intangibili del diritto comune: non è vero — si sostenne — che l'inversione sposti, come afferma Schupfer, la presunzione di colpevolezza dall'operaio al padrone, il diritto vigente infatti non stabilisce la colpa dell'operaio, bensì l'innocenza del padrone convenuto ⁽⁶⁴⁾; accettando l'inversione della prova solo perché « può riuscire utile ad una delle parti », nulla escluderebbe che « anche in materia penale si stabilisse a carico dell'imputato l'obbligo di escludere il reato a lui ascritto, solo perché in molti casi riesce sommamente difficile alla società e per essa all'autorità inquirente di raccogliere le prove a carico dell'imputato » ⁽⁶⁵⁾; con l'inversione si impone una indebita confusione tra aspetti giuridici e aspetti sociali ⁽⁶⁶⁾ e si stabilisce « una soluzione violenta della quale il diritto non si può contentare, una disuguaglianza imposta alle parti litiganti con l'introduzione di privilegi non dovuti » ⁽⁶⁷⁾.

Questi pochi cenni al dibattito mostrano ancora come tutta da

⁽⁶³⁾ Cfr., ad esempio, le accuse rivolte a Schupfer da M. SINIGAGLIA, *La responsabilità civile dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 17.

⁽⁶⁴⁾ E. CAVO, *Gli infortuni sul lavoro. Studio*, cit., p. 55.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*, p. 57.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. G.P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, in *Studi Senesi*, I, 1884, fasc. 2 (pp. 127 e ss.) e 3 (pp. 231 e ss.). Su questo importante intervento di Chironi si confronti comunque *infra* Capitolo V, 2. Si possono confrontare anche le critiche al principio dell'inversione contenute in C. PAMPURI, *Il progetto di legge sugli infortuni del lavoro* [Estratto dagli Atti dell'Accademia Fisis-Medico-Statistica di Milano, serie IV, vol. I], Milano, Zanaboni e Gabuzzi, 1883.

⁽⁶⁷⁾ G.P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia*, cit., pp. 253 e 254. Si cfr. anche C. VIVANTE, *Nota a Corte d'Appello di Brescia 30 aprile 1891*, in *Il Foro italiano*, 1891, 2, cc. 224 e ss. Vivante si schiera per l'assicurazione obbligatoria come solo principio capace di governare « il nuovo ordine industriale » ed individua il principale vantaggio della nuova teoria nel segnare finalmente « la migliore rivincita del principio consacrato nel diritto comune, per un momento offuscato, per cui si presume l'innocenza sinché non sia provata la colpa » (c. 225). Sulla questione delle relazioni tra responsabilità di diritto comune ed assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro, si cfr. comunque *infra* cap. X.

risolvere la tensione tra la richiesta dell'intervento legislativo e l'esigenza di una permanente adesione ai principi « naturali » ed « immutabili » del diritto comune: la creazione di una normativa particolare per l'industria e per l'infortunio è immediatamente percepita come insanabile rottura all'interno del meccanismo di equilibrio tra uguali posto a fondamento del diritto civile e come istituzione di un odioso privilegio per una classe particolare di soggetti.

Presupposto certo di questa fase del dibattito è la centralità del principio 'nessuna responsabilità senza colpa': fautori ed oppositori dei progetti di inversione dell'onere della prova tengono a precisare che la loro posizione è determinata dall'esigenza di dare vigore a tale indiscutibile principio. Allorché l'analisi si fa più dettagliata e si valutano, usando poche ed incompiute statistiche, le cause più frequenti dell'infortunio, si scopre che i vantaggi che l'operaio può trarre dall'inversione sono ben pochi e che il principio della colpa è del tutto inadeguato per gli incidenti più numerosi, quelli dovuti al 'caso'. Di fronte a queste ipotesi, più che proporre una riforma più ampia della responsabilità civile, ci si limita a dissolvere miseramente la ricostruzione privatistica: il diritto privato, si dichiara, è inidoneo nel rigore dei suoi principi al nuovo settore che deve essere affidato a regole più flessibili, capaci di considerare al loro interno anche gli interessi sociali; la questione « nel diritto privato si trova come in un letto di Procuste » ⁽⁶⁸⁾, una « parabola fatale » la spinge dal diritto privato al diritto pubblico ⁽⁶⁹⁾.

Avremo modo di soffermarci in seguito sulla sottrazione di ampie fasce di casi dalla responsabilità civile e sul tema che, a voler utilizzare al contrario una formula dei nostri giuristi, potremmo dire del 'restringimento dell'orbita del diritto privato' a vantaggio del diritto pubblico. Gioca ancora un ruolo di primo piano nel dar forma a questa posizione, oltre che la crescente attenzione nei

⁽⁶⁸⁾ U. MAZZOLA, *Il progetto di legge sulla responsabilità civile dei padroni e il controprogetto della commissione parlamentare*, Napoli, De Angelis, 1885, p. 3.

⁽⁶⁹⁾ *Ibidem*, p. 3. Si cfr. in tal senso anche l'intervento di Minghetti, in *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, Leg. XV, I sessione, 15 maggio 1885, p. 13733: « la legislazione sugli infortuni del lavoro (...) tende, nel movimento moderno del pensiero, a passare dal diritto privato al diritto pubblico ».

confronti dell'assicurazione obbligatoria ⁽⁷⁰⁾, la convinzione della immutabilità del diritto comune: l'eccezionalità di un intervento settoriale disuguale non deve interagire con il diritto civile, ma deve spostarsi in un ambito che ben può tollerare la prevalenza di un interesse sociale e l'alterazione dei vincoli giuridici di uguaglianza considerando gli interessi di fatto ⁽⁷¹⁾. Il passaggio al diritto pubblico è anche imposto da una concezione statica del diritto privato, dall'esigenza di assicurare l'immutabilità dei suoi principi da non alterare con le contingenti situazioni sociali.

Tutte le posizioni in campo, insomma, nell'interrogarsi su quale diritto fissare per le nuove situazioni sociali debbono fare i conti con la presenza e con il mito del diritto comune uguale, quei principi proclamati ancora a viva voce come immutabili, emblema della raggiunta unificazione giuridica, simbolo della purezza ricostruttiva della privatistica, espressione della 'ragione naturale'. Ed è infatti intorno alle caratteristiche del diritto comune che continua a ruotare tutto il dibattito: ci si appella al diritto comune per respingere la legge speciale, per sostenere riforme del 'solo' diritto processuale, per incanalare le nuove tematiche verso il diritto pubblico. Le accese discussioni sull'inversione dell'onere della prova evidenziano inoltre anche un altro dato agli occhi dei civilisti più accorti: mostrano che la pura e semplice difesa del diritto comune, della sua unità ed uguaglianza, è del tutto inadeguata alla nuova situazione perché completamente impotente a fronteggiare i mutamenti in corso. Occorre ripensare l'immutabilità del diritto comune, riformulare l'immutabile, estendere i suoi spazi: non si può, in nome della

⁽⁷⁰⁾ Uno dei primi interventi volti a discutere le posizioni della letteratura tedesca sull'assicurazione obbligatoria fu quello di G. RICCA-SALERNO, *L'assicurazione degli operai*, in *Annuario delle scienze sociali e politiche*, IV, 1883, pp. 380 e ss.; per una serrata critica a Wagner ed una visione estremamente critica nei confronti della sostituzione dello Stato ai privati in materia di assicurazione, si cfr. invece il noto intervento di Antonio SALANDRA, *Un caso di socialismo di Stato*, in *Nuova antologia*, LXII, 1 giugno 1881, pp. 444 e ss.. Sulla questione si cfr. ancora *infra* capitolo X.

⁽⁷¹⁾ Lucidissimi in tal senso i già citati interventi parlamentari di Bruno Chimirri e la sua Relazione, a nome della Commissione, sul progetto Berti. Dovremo tornare ancora sulle posizioni di Chimirri — che giocò un ruolo fondamentale anche nel periodo in cui, abbandonati in tema di infortuni sul lavoro i progetti sull'inversione dell'onere della prova, si passò a quelli configuranti l'assicurazione obbligatoria — nel capitolo X.

certezza del diritto comune civilistico, continuare a rivestire col manto della legalità le palesi ingiustizie che si evidenziano nel settore industriale; se la scienza non può rinunciare ai suoi principi portanti, può però superare il piatto commento del Codice e ridisegnare le sue figure entro un nuovo ordine, far scaturire da quelle stesse regole un nuovo diritto. Ed è ancora la percezione del 'valore costituzionale' del diritto comune che spinge i giuristi a ricercare nelle linee dei tradizionali istituti una soluzione per le nuove ipotesi, una soluzione interna all'unità civilistica e non contrastante con i suoi principi.

La resistenza del diritto comune alle leggi speciali fa affiorare, in definitiva, oltre a posizioni nettamente conservatrici di difesa dei privilegi di classe della rigida uguaglianza formale, anche alcune linee di tendenza che avremo modo di seguire meglio in seguito. Quella secondo cui il diritto privato ha in sé, nei suoi stessi principi 'eterni', la capacità di mutarsi per rispondere a tutte le nuove questioni: solo se i giuristi saranno capaci di letture innovative sempre più ardite del Codice, non occorreranno nuove normative ⁽⁷²⁾. Quella mirante ad affermare, al contrario, che le nuove discipline dei casi in cui la valutazione delle disuguaglianze sociali impone un mutamento repentino delle situazioni di diritto uguale non può più ontologicamente essere di diritto privato, perché in inevitabile contrasto con i presupposti essenziali della ricostruzione civilistica. Lungo queste due linee direttive si aggregherà il dibattito sulla responsabilità civile degli anni seguenti: si punta, in un caso, sul sistema unitario, sempre più ardito, per superare le contraddizioni del vecchio modello; si chiedono, nell'altro caso, risoluzioni giuridiche concrete per problemi concreti senza prestare attenzione alle necessarie armonie del sistema. Una via, quest'ultima, che porterà progressivamente alla creazione di più statuti di responsabilità, alcuni dei quali ritenuti così eterodossi rispetto ai principi civilistici da essere espulsi del tutto dal discorso dei giuristi sulla 'vera' responsabilità.

4.2. *Sainctelette e la garantie.*

Una soluzione all'ingiustizia determinata dall'applicazione degli articoli 1151 e seguenti agli infortuni sul lavoro fu proposta con la

⁽⁷²⁾ Cfr. in proposito *infra* soprattutto il paragrafo seguente.

cosiddetta tesi contrattuale. Formulata nel 1883 sulle pagine della *Revue critique de législation et de jurisprudence* da Marc Sauzet ⁽⁷³⁾, teorizzata in maniera ampia e suggestiva l'anno seguente dal politico e giurista belga Charles Xavier Sainctelette ⁽⁷⁴⁾, la teoria ebbe una vasta diffusione anche in Italia. Suo merito concreto era quello di spostare la questione dell'onere della prova da atteso rimedio legislativo ad immediatamente applicabile soluzione giurisprudenziale. La configurazione giuridica del rapporto contrattuale tra operaio e datore di lavoro, così si afferma, contiene in sé la soluzione al problema dell'infortunio che va guardato come alterazione delle garanzie del contratto e in riferimento quindi alla sua disciplina, e non dal più lontano osservatorio della responsabilità extracontrattuale. Teoria empirica, pensata da Sauzet come espediente pratico per poter raggiungere subito l'inversione dell'onere della prova, e semplice nella sua formulazione, essa si diffuse rapidamente dividendo nel giro di pochi anni la giurisprudenza e la dottrina sugli infortuni tra fautori della colpa aquiliana e fautori della colpa contrattuale ⁽⁷⁵⁾.

Le preoccupazioni che avevano mosso Sauzet alla sua analisi erano comuni a quelle diffuse in Italia: i sostenitori francesi del progetto di legge sulla responsabilità per gli infortuni sul lavoro adducevano l'inidoneità del *Code civil* a disciplinare « la situation nouvelle » presente nel settore industriale e reclamavano una « législation nouvelle » ⁽⁷⁶⁾. Sauzet si schiera per la difesa del diritto

⁽⁷³⁾ M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, pp. 597-640 e 677-704.

⁽⁷⁴⁾ Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie. Accident de transport et de travail*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & C., 1884. Su Charles Xavier Sainctelette (1825-1898) si cfr. l'ampio, ma scialbo, quadro tracciato da E. DISCALLES, in *Biographie Nationale publiée par l'Académie Royale des sciences, des lettres et des beaux arts de Belgique*, XXI, Bruxelles, Bruylant, 1911-1913, pp. 51-86.

⁽⁷⁵⁾ Per alcuni esempi di ricostruzioni ampiamente ispirate in Italia alla teoria contrattuale cfr. M. AMAR, *Studi di diritto industriale*, Torino, 1885; P. JANNACCONE, *Il contratto di lavoro*, in *Archivio Giuridico*, LIII, 1894, pp. 111 e ss.; P. JANNACCONE, *Contratto di lavoro*, in *Enciclopedia giuridica*, III, 3, 1898, pp. 1028 e ss.; e gli interventi di E. A. PORRO nel *Monitore dei tribunali*, in particolare, XXXVII, 1896, pp. 687; e pp. 1029 e ss..

⁽⁷⁶⁾ Cfr. la relazione di Girard: « A l'époque de la confection du Code civil rien de

comune e sostiene che non si possono invocare modificazioni del Codice per il semplice mutare di situazioni di fatto: la natura e il grado della responsabilità non possono mutare — afferma — per il semplice affermarsi di lavori nuovi e più pericolosi; « Que l'accident soit le résultat d'un genre de travail nouveau ou séculaire, mécanique ou manuel, nous ne voyons pas qu'il y ait lieu de faire varier les règles de la responsabilité » (77).

L'argomento che già conosciamo della irrilevanza delle questioni di fatto, sociali, nella trattazione del diritto comune (78) spinge ad affermare nettamente che non c'è niente di nuovo sotto il cielo dei principi giuridici: « la question de responsabilité (...) se pose toujours dans les même termes » (79).

L'immutabilità dei principi di diritto comune della responsabilità non è però il punto di arrivo dell'analisi, ma il suo punto di partenza. Gli infortuni sul lavoro non necessitano di alcuna legge speciale perché il diritto comune contiene già in sé la soluzione del problema: occorre solo abbandonare le 'false' interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali che hanno fatto esclusivo riferimento alla responsabilità aquiliana e non a quella contrattuale. L'inversione dell'onere della prova non deve reclamarsi dalla legge, ma discende come necessaria conseguenza dall'inquadramento entro i confini

tout cela [la substitution du travail mécanique au travail manuel] ne dut préoccuper la législateur parce que rien de tout cela n'était à prévoir (...). En un mot, il y là une situation nouvelle qui réclame une législation nouvelle»; e quella di Nadaud: « Les règles du droit commun telles que le Code, s'inspirant des principes du droit romain, les a formulées, sont absolument insuffisantes en présence de la situation nouvelle qu'a créée à l'ouvrier l'extension de l'industrie et l'usage de plus en plus répandu des moteurs à vapeur. La substitution du travail mécanique au travail manuel (...) a multiplié les risques en changeant leur caractère de telle sorte que la détermination de la responsabilité suivant les règles anciennes est devenue impossible » (citati in M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, cit., pp. 597 e 598).

(77) M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, cit., p. 598.

(78) Le argomentazioni in proposito sono del tutto simili a quelle poi utilizzate da Chironi nel dibattito italiano. Cfr. M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, cit., pp. 600 e ss.; e, su Chironi, *infra* Cap. V. 2.

(79) M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, cit., p. 600.

della responsabilità contrattuale: è il padrone che deve fornire la prova della sua mancanza di colpa contrattuale ⁽⁸⁰⁾, è egli che deve mostrare di aver esattamente osservato quanto il contratto gli imponeva, di prendere cioè tutte le misure idonee alla sicurezza dell'operaio ⁽⁸¹⁾.

In questa formulazione la teoria venne conosciuta e diffusa anche in Italia ove la si attribuì congiuntamente a Sauzet e a Saintelette ⁽⁸²⁾. Quest'ultimo non si era limitato ad un semplice perfezionamento di tale tesi, ma gli aveva conferito dei caratteri teorici più ampi che, pur elaborati in specifico riferimento agli incidenti sul lavoro e nei trasporti, esprimevano preoccupazioni e proposte di più vasto respiro. Il discorso teorico dell'autore belga non venne recepito in Italia assieme all'espedito pratico dell'inversione dell'onere della prova, giova però riferirne poiché nelle pagine di Saintelette possiamo ritrovare una formulazione della risposta alla 'crisi' degli istituti civilistici che presto ritroveremo, con altri contenuti ma con le stesse preoccupazioni, anche nel dibattito italiano.

Il termine *responsabilité*, per Saintelette, è solo erroneamente usato per indicare sia la responsabilità aquiliana che quella contrattuale; esso, in realtà, deve riferirsi solo alla responsabilità extracontrattuale, mentre è la *garantie* che designa la 'responsabilità' nel contratto. Non si tratta, come è ovvio, di una mera precisazione terminologica: la distinzione corrisponde infatti ad una sostanziale diversità nella realtà di fatto disciplinata ed è volta ad evidenziare diverse finalità, funzioni e modalità di esercizio tra le due regole

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*, p. 609. Cfr. anche p. 618: « Je me refuse à traiter les questions de responsabilité entre deux personnes unies par un contrat qui place l'une dans un état de dépendance marqué au regard de l'autre, comme les questions de responsabilité entre personnes libres de tout lien contractuel ».

⁽⁸¹⁾ M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, cit., p. 684.

⁽⁸²⁾ La teoria di Sauzet e Saintelette suscitò una vasta eco in Belgio e in Francia; è sufficiente sfogliare la *Revue critique de législation et de jurisprudence* a partire dal 1885 per rendersene conto. Cfr., ad esempio, l'annata del 1886: si occupano della dottrina J. E. LABBÈ e A. F. LEFEBVRE nelle rassegne giurisprudenziali (rispettivamente pp. 433 e ss. e 485 e ss.), e torna ad occuparsene, recensendo Saintelette, F. WORMS (pp. 540 e ss.).

della responsabilità. La divisione tra *responsabilité* e *garantie* è fatta risalire alla divisione tra le due principali fonti dei rapporti giuridici, la legge e il contratto: la *responsabilité* colpisce in maniera inderogabile il mancato rispetto della legge, la violazione di disposizioni di ordine pubblico; mentre la *garantie* tutela gli interessi privati e colpisce il mancato rispetto del contratto ⁽⁸³⁾.

La divisione affonda le sue radici in una base di principi che è sostanzialmente diversa, in un diritto comune che non può essere unitariamente considerato come 'comune' sia alla legge che al contratto: « De quel droit commun entend-on parler? Il y a des règles générales communes aux lois d'ordre public et d'autres règles générales communes aux contrats, mais il n'y a pas de droit commun à la loi et au contrat. Le régime des lois d'ordre public est autre que le régime des contrats. Il n'est pas entre eux de filiation. Le contrat n'est pas plus une des sortes de délit que le quasi-délit n'est une de variétés du contrat » ⁽⁸⁴⁾. Una diversità radicale che ha imposto al legislatore delle scelte consequenziali per lasciare che il 'diritto comune' dei privati seguisse il suo corso naturale; e il giurista non deve quindi lasciarsi fuorviare instaurando dei paralleli tra i due diversi settori: nello studio delle azioni private di garanzia, ad esempio, non si deve far riferimento all'azione di responsabilità che, procedendo direttamente da una legge di ordine pubblico, sorge dalla stessa causa dell'azione pubblica ⁽⁸⁵⁾.

L'affermazione di una tale rigida separazione è accompagnata da una richiesta di restrizione ⁽⁸⁶⁾ ed esatta delimitazione degli spazi di attività pubblica e dall'enfaticizzazione del contratto, della volontà e degli interessi dei privati ⁽⁸⁷⁾.

A prima vista può apparire un'analisi fuori dal tempo, del tutto disattenta alle trasformazioni in atto soprattutto nei settori di cui l'autore si occupa, i trasporti ed il contratto di lavoro. Ad uno sguardo più attento, però, l'esaltazione del contratto e del 'diritto dei

⁽⁸³⁾ Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, cit., pp. 3 e ss.. Faremo riferimento in seguito al termine *garantia* così come utilizzato da Chironi. Giova precisare subito che l'accezione è, come vedremo, ben differente (cfr. *infra* cap. V, 4).

⁽⁸⁴⁾ Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, cit., p. 31.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*, pp. 35 e ss..

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *Ibidem*, p. 44.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *Ibidem*, pp. 112 e ss..

privati' contro l'espansione dell'area dell'ordine pubblico si rivela una specifica risposta del giurista ai nuovi problemi, una risposta che non 'snatura' la sua concezione del ruolo dell'interprete e quella del diritto civile di fronte ai nuovi eventi.

La lettura dei lavori preparatori del Codice Napoleone evidenzia che « en matière de contrats, le droit civil s'interprète et se complète par le droit naturel »⁽⁸⁸⁾; ciò differenzia profondamente l'accordo dei privati dalla legge: « Le contrat n'est pas, comme le lois d'Etat, un acte pur de la puissance publique, c'est une émanation directe de la justice et de la raison »⁽⁸⁹⁾. I legislatori infatti vollero in proposito solo « seculariser le droit naturel »⁽⁹⁰⁾ e non proposero certo una regolamentazione giuridica asfissiante di tutti i rapporti di fatto esistenti. Non è dunque il caso di spaventarsi di fronte all'emergere di nuove situazioni senza disciplina, né di invocare prontamente l'intervento della legge, trascurando la possibilità di utilizzare soluzioni già racchiuse nel diritto comune. Ciò che il giurista belga nega è dunque la visione del diritto sottesa alla richiesta dell'intervento legislativo, la riduzione del diritto a mera espressione della legge, l'identificazione dei principi del Codice con una semplice normativa dettata da un legislatore qualsiasi e sempre modificabile: « Laissons Bentham enseigner que *le droit est la créature de la loi*, mais ne prêtons pas aux auteurs du droit de la Révolution un sentiment qui, jamais, n'a été le leur »⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁸⁾ *Ibidem*, p. 113.

⁽⁸⁹⁾ *Ivi*.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 114.

⁽⁹¹⁾ E così prosegue: « Ces hommes d'État avaient l'intelligence, non pas de leur temps et de leur pays, mais de la raison suprême et universelle. Ils voulaient séculariser le droit naturel. Jamais la pensée ne leur est venue de le renier. Se représente-t-on un droit qui ne serait que la créature de la loi? Se figure-t-on une société, non de fantômes, mais d'êtres humains, vivant, pensant, agissant par ordre, réglée dans tous les détails de son existence par les volontés de la puissance publique, attendant, avant de faire le moindre mouvement, que le législateur positif s'en soit rendu compte et ait bien voulu l'autoriser? Où trouve-t-on quelque exemplaire éphémère d'un pareil état social? Voilà cependant l'idéal, qu'en matière de législation, l'on propose, au XIX siècle, dans les pays latins, à la civilisation la plus complexe, la plus active, la plus féconde qui fût jamais. Ce n'est pas seulement offenser la mémoire des auteurs du Code et méconnaître les conditions nécessaires de toute législation, c'est avouer qu'on ne prend point garde au fait ou qu'on n'en veut tenir aucun compte. — Pas de texte, point de droit! — Ah!

Privilegiare *la garantie*, la libertà contrattuale dei privati, il libero assetto degli interessi, contro *la responsabilité*, la legge, la continua disciplina normativa dettata dalle esigenze di ordine pubblico significa, sulla scia di tali convinzioni, rifiutare una concezione del diritto quale assillante intervento legislativo sui nuovi fatti, quale complesso di articoli mai al passo con le incessanti trasformazioni sociali e, al tempo stesso, sempre più delimitanti l'autonomia interpretativa del giurista e deformanti il carattere del diritto privato. Una convinzione radicata che si traduce in una diversa risposta al quesito di come il diritto civile debba affrontare i mutamenti sociali.

Non alla legge, non alla regolamentazione minuziosa di tutti i casi nuovi, all'impossibile controllo di ordine pubblico di tutte le relazioni ⁽⁹²⁾ occorre guardare, ma alla espansione equa e razionale degli accordi tra i privati, agli strumenti di garanzia insiti nella lunga prassi contrattuale, a quell'esigenza di tener sempre ben fermo « il diritto naturale » nella formazione, nella interpretazione e nell'esecuzione del contratto. A questo punto il giurista può coniugare con disinvoltura vecchie convinzioni e nuove esigenze evidenziate dagli *accidents de transport et de travail* e può esaltare l'articolo 1135 (art. 1124 Cod. civ. 1865) che « dans le plus splendide langage proclame cette vérité, qu'en matière de contrats le droit naturel est l'essence du droit civil » ⁽⁹³⁾.

L'interprete può quindi risolvere il problema degli infortuni in base al diritto naturale. Ed è qui che finalmente si innesta il discorso dell'impossibilità di un contratto di lavoro quale sola obbligazione del pagamento della mercede contro la prestazione e l'esigenza di vedere come insita nel contratto la garanzia della sicurezza dell'operaio. Come non vedere infatti nel contratto di lavoro una corre-

vraiment. Mais d'ou viennent, je vous prie, ces contrats d'un usage si frequent, les assurances, et aussi les opérations de banque et de bourse, parmi celles-ci le report, contrat *sui generis*, parmi celles-là, le compte courant. Montrez-moi, s'il vous plaît, les textes d'où l'on a déduit les ingénieuses théories de ces contrats. Mais j'ai tort d'insister. Dieu garde l'avenir de semblables législateurs » (*ibidem*, pp. 114 e 115).

⁽⁹²⁾ Leggi di cui sarebbe impossibile garantire l'efficacia: non serve formulare nuove regole di responsabilità, se non si è in grado di controllare, di verificare, di dar loro efficacia. Cfr. ampiamente sul punto Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, cit., pp. 133 e ss..

⁽⁹³⁾ *Ibidem*, p. 105.

lazione tra autorità e la sua ombra, la responsabilità⁽⁹⁴⁾; e come non instaurare anche in questo caso la stessa relazione che il legislatore ha stabilito nell'articolo 1384 (art. 1153 Cod. civ.) per la responsabilità per fatto altrui, da cui emerge che « On ne peut être responsable des autres qu'à la condition d'être la tête de leurs bras »⁽⁹⁵⁾. In questo caso infatti la responsabilità per i danni causati dai dipendenti nei confronti dei terzi non è certo attribuita al 'padrone' per la finzione della sua cattiva scelta, ma come naturale conseguenza della sua autorità⁽⁹⁶⁾. Tale autorità, che genera nel 'superiore' l'obbligazione di fronte ai terzi, dovrà nondimeno generarla nei confronti dell' 'inferiore': le conseguenze dell'autorità non potranno infatti essere (a meno che non siano contrarie alla buona fede) differenziate nel rapporto tra i terzi ed il dipendente⁽⁹⁷⁾.

La traduzione dei principi di diritto naturale nel diritto civile e il rispetto della buona fede impongono quindi che il 'padrone' sia contrattualmente tenuto a garantire la sicurezza dell'operaio e che sia egli a provare che gli incidenti provengono da una causa esterna che non gli può essere imputata. La tutela dell'operaio è così raggiunta senza far riferimento ad una legislazione complicata e severa⁽⁹⁸⁾, ma alle 'leggi eterne e naturali' imposte al *contrahere* dei privati. La garanzia insita nel contratto trova efficacia grazie soprattutto alla sua inderogabilità⁽⁹⁹⁾, anch'essa ricavata da Sainctelette in via sistematica, perché l'ombra della 'responsabilità' (*rectius* garanzia) non potrà mai abbandonare l'autorità del datore di lavoro.

Si potrà certo discutere sull'efficacia del sistema proposto e centrare l'attenzione — come avvenne in seguito — sugli incidenti comunque privi di 'garanzia', sempre e comunque ricadenti sull'o-

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*, p. 119: « De droit naturel, la responsabilité, *sensu lato*, est la corrélatif nécessaire et inséparable de l'autorité. C'en est l'ombre. Point d'autorité sans responsabilité est la condition même de notre humaine nature. La responsabilité naît avec l'autorité, grandit avec elle, décroît avec elle, cesse avec elle. Tel l'angle de réflexion égale toujours l'angle d'incidence. Elle procède de la même cause. Elle est de la même nature. Elle a la même mesure et même intensité ».

⁽⁹⁵⁾ Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, cit., p. 122.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 123 e ss..

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*, p. 130.

⁽⁹⁸⁾ *Ibidem*, p. 136.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. *ibidem*, p. 170.

peraiò; ma non è questo che ci ha spinto a seguire il discorso del giurista belga. Ci interessa notare infatti come egli, nel raggiungere per via dottrinale gli stessi risultati attesi dai vari progetti legislativi sugli infortuni, tenesse ad esaltare contro il legislatore il diritto civile come diritto esclusivo dei privati, ma al tempo stesso inserisse automaticamente nel contratto dei principi che ne rendevano meno terribile l'astratto ugualitarismo, l'assoluta preminenza dell'accordo dei singoli sulle nuove esigenze sociali. Le limitazioni imposte dal « diritto naturale » e dalla « buona fede » sono inoltre ritenute inderogabili: in ciò la proposta è molto più avanzata delle scialbe richieste di una disciplina generale delle nuove situazioni ⁽¹⁰⁰⁾, la quale, a parere di molti, doveva essere sempre derogabile ad iniziativa dei privati ⁽¹⁰¹⁾.

Le pagine di Sainctelette evidenziano quello stato di disagio presente nella scienza giuridica stretta tra l'esigenza di dare risposte concrete ai nuovi bisogni e le ingiustizie derivanti da una lettura ancora tradizionale delle norme del Codice, tra richiesta di nuove normative e principi del diritto comune. Le alternative che si delineano sono quella di un inseguimento del nuovo attraverso le leggi speciali oppure quella di ricomprendere in qualche modo il mutamento all'interno del sistema. Sainctelette sposa decisamente la seconda tesi e nel modo più radicale: la sua difesa del diritto civile diviene difesa ed esaltazione del suo spazio rigorosamente più autonomo, quello contrattuale, e sforzo di mostrare come esso non fosse impotente di fronte alle trasformazioni sociali, anzi, fosse più efficace e più ampio nelle sue garanzie di una legge di 'ordine pubblico' sempre da inventare nuovamente. La *garantie* si espande a spese della *responsabilité* che, quale strumento civilistico più a contatto con esigenze ed interessi generali, è guardata con diffidenza.

Al di là del sistema prescelto quello che importava di più al nostro autore era mostrare la capacità espansiva del diritto comune: affermata contro un legislatore che intendeva vacuamente protendersi a regolamentare tutti i dettagli della vita. Il Codice, il diritto

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr., ad esempio, E. GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, Pichon, 1886, in particolare pp. 33 e ss. e 59 e ss..

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. E. GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, pp. 31 e 36.

comune civilistico, « secolarizzazione del diritto naturale », non possono — è questa la convinzione che sorregge l'intero lavoro — deformarsi per affrontare i mutamenti sociali affidandosi nelle mani di mutevoli maggioranze in continuo cambiamento, intente a rispondere con leggi di utilità particolare e contingente ai bisogni emergenti; il legislatore non può pretendere, in nome di un indeterminato principio di ordine pubblico o di socialità, di frammentare l'unità di principi secolari e di ridurre l'interprete a mero esecutore di comandi contrastanti, incoerenti e inefficaci; la scienza può e deve reagire respingendo la semplicistica visione di un diritto 'créature de la loi', quella di una assenza del diritto in mancanza di una legge; la soluzione per le nuove situazioni non sta dunque in una proliferazione legislativa, ma in una espansione delle regole di 'ragione suprema ed universale' racchiuse in quegli spazi intangibili fissati una volta per sempre nel Codice ⁽¹⁰²⁾.

4.3. *Responsabilità civile ed amministrazione.*

Il pregio del tema degli infortuni sul lavoro è quello di evidenziare con nettezza le polarità teoriche del dibattito giuridico sulla responsabilità civile tra gli anni Settanta e Ottanta e di mostrare i limiti, ma anche l'estrema forza di resistenza e la capacità di espansione delle norme del diritto comune. Le caratteristiche viste nelle pagine antecedenti non sono attribuibili però solo alla parte in crisi di un istituto ancora solido nella sua tradizionale ricostruzione. Segni di crisi, cedimenti nelle antiche impalcature erano percepibili infatti anche in riferimento ad altri nodi centrali del dibattito di quegli anni sulla responsabilità extracontrattuale.

Il tema della responsabilità civile dei pubblici funzionari e quello della responsabilità della pubblica amministrazione assumono, ad esempio, proprio in questi anni una rilevanza crescente, ottenendo l'attenzione congiunta di civilisti e pubblicisti. L'odierna divisione disciplinare spinge spesso a considerare l'argomento della responsabilità della pubblica amministrazione come terra di esclusivo interesse dei pubblicisti, ma le configurazioni teoriche affermatasi in questo settore si formarono in un dibattito serrato tra civilisti

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, cit., pp. 114 e ss..

ed amministrativisti che ebbe un momento cruciale proprio tra gli anni Settanta e Ottanta: cultori del diritto privato, come Giorgi, Gabba, Chironi, intervennero sul tema trattato da amministrativisti, come Meucci, Mantellini, Gianquinto, Saredo, convinti di dover applicare al caso in questione nient'altro che regole di diritto civile e che il tema fosse di pertinenza del civilista più che dell'amministrativista.

La mancanza di una consapevole autonomia disciplinare del diritto pubblico ⁽¹⁰³⁾ e la convinzione della generale applicabilità 'comune' dei principi sanciti nel Codice unificano con le più ampie preoccupazioni riguardanti il nostro istituto il dibattito 'particolare' della responsabilità della pubblica amministrazione che non può essere considerato, come spesso si è fatto, l'angolo di pertinenza pubblicistica del tema della responsabilità civile ⁽¹⁰⁴⁾. Entro l'unitarietà del dibattito l'argomento della 'responsabilità dello Stato' lascia trasparire dubbi e interrogativi simili a quelli generati dal lacerante tema degli infortuni.

Lo scritto più fortunato dedicato al tema della responsabilità

⁽¹⁰³⁾ Sulla questione è qui sufficiente rinviare, oltre naturalmente che alle note prolusione orlandiana letta a Palermo nel 1889 (V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, ora in *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati in sistema* (1881-1940), Milano, Giuffrè, 1940, pp. 3 e ss.), a quanto scrivono P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980. Sui presupposti teorici della svolta orlandiana si cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979. Riguardo al tema della responsabilità della pubblica amministrazione, è qui sufficiente rinviare a R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, I, Milano, Giuffrè, 1939; cfr. dello stesso autore le voci pubblicate nel *Novissimo digesto italiano: Responsabilità civile della pubblica amministrazione* (XV, 1957, pp. 660 e ss.); *Responsabilità da atti legittimi* (XV, 1957, pp. 625 e ss.); *Responsabilità civile dei funzionari e dei dipendenti pubblici* (XV, 1957, pp. 657 e ss.). Si cfr. anche F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, 1988, pp. 1369-1381. Per riferimenti più ampi cfr. *infra* capitolo XI.

⁽¹⁰⁴⁾ Il tema è, ad esempio, ignorato nella breve trattazione del diritto civile ottocentesco presente in G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit.; mentre è considerato in esclusivo riferimento agli interventi dei pubblicisti da G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna, Il Mulino, 1981.

della pubblica amministrazione negli anni Settanta, quello di Adeodato Bonasi ⁽¹⁰⁵⁾, muove da un assunto che caratterizzava molte posizioni sul tema degli infortuni sul lavoro: la sufficienza del diritto comune vigente a regolamentare tutte le ipotesi di responsabilità dei funzionari pubblici e dell'amministrazione. L'esaltazione del diritto comune ed il rifiuto di una disciplina speciale, soprattutto riguardo alla responsabilità del funzionario, pietra miliare di tutta la costruzione, sono fortemente influenzati dal modello angloamericano: nel diritto comune, nella piena sottoposizione dei pubblici funzionari al suo imperio, c'è la migliore garanzia del cittadino; solo residuale è dunque la ricerca più complessa di una responsabilità indiretta della pubblica amministrazione per fatto del funzionario; si tace del tutto invece riguardo all'ipotesi della responsabilità diretta dell'amministrazione.

Giova però seguire brevemente le argomentazioni del Nostro: il tema della responsabilità dei pubblici funzionari, sostiene, esclude « ogni idea di privilegio ed eccezione » e deve essere regolato « proclamando anche in questa parte il regno del diritto comune » ⁽¹⁰⁶⁾; ed è nelle « leggi comuni », « nel loro insieme il più completo ed il migliore dei sistemi possibili » ⁽¹⁰⁷⁾, che occorre ricercare le risposte alle questioni della responsabilità nel settore della pubblica amministrazione, convincendo quanti inseguono « questo fantasma di una legge speciale » ⁽¹⁰⁸⁾ che « il diritto comune (...) è la migliore e la più perfetta delle leggi escogitabili » ⁽¹⁰⁹⁾. E così si prosegue, cantando le lodi del diritto comune

⁽¹⁰⁵⁾ A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la giurisprudenza*, Bologna, Zanichelli, 1874. Su Adeodato Bonasi (1838-1920) si cfr. la voce di P. SPIRITO, in *Dizionario Biografico degli italiani*, 1969, XI, pp. 590/591.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*, p. 3.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem*, p. 4.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibidem*, p. 13. Cfr. invece, a favore di una « legge speciale di responsabilità civile » come indispensabile strumento per superare i contrasti giurisprudenziali, C. BARTOLINI, *Responsabilità civile dello Stato per gli atti dei propri funzionari*, in *Monitore dei Tribunali*, XVII, 18 (29 aprile 1876), (pp. 477 e ss.) p. 480.

⁽¹⁰⁹⁾ A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici*, cit., p. 27. Cfr. anche p. 33: « Il diritto comune, appunto perché comune, comprende nelle sue disposizioni tutti gli ufficiali del potere sociale, dal Presidente del Consiglio dei ministri all'ultimo scribacchino non altrimenti che i loro atti ».

e deprecando i sostenitori del privilegio, dell'arbitrio, delle disuguaglianze della legge speciale: il diritto comune « è la codificazione dei principi eterni di giustizia, superiori agli odi come agli amori di parte »⁽¹¹⁰⁾; « nell'applicazione pura e semplice del diritto comune si ritrovano quelle guarentigie per i diritti dei cittadini e dello Stato che indarno si chiesero altrove a leggi speciali »⁽¹¹¹⁾; « ad ogni infrazione della legge da parte dei pubblici funzionari (...), ad ogni abuso di potere, ad ogni colpa, ad ogni negligenza si troverà sempre nel diritto comune un rimedio pronto e sicuro »⁽¹¹²⁾.

Tale esaltazione del diritto comune è fatta coincidere con la richiesta di una delimitazione dell'arbitrio dell'esecutivo tramite una precisa identificazione di compiti e responsabilità. Il discorso verte inevitabilmente sullo « stupendo modello » inglese che è contrapposto a quello francese: « mentre in Francia la legge e la giurisprudenza hanno armato il potere esecutivo di tutte le forze dello Stato, di tutti i privilegi, di tutte le franchigie immaginabili, lasciandogli di fronte l'individuo inerme, isolato, senza protezione e senza difesa, all'incontro in Inghilterra (...) tutte le cure, tutti i pensieri sono stati diretti a proteggere l'individuo che è debole, a garantire la sua libertà, la sua persona, i suoi beni, mettendoli sotto l'egida della legge »⁽¹¹³⁾.

Le conseguenze pratiche del discorso sono, occorre dire, infe-

⁽¹¹⁰⁾ A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici*, cit., p. 34.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*, p. 38.

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*, p. 41.

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*, p. 425. Il riferimento al modello inglese come caratterizzato da 'un solo diritto' applicabile dal giudice ordinario a tutti i soggetti — un diritto esente pertanto da regole speciali e da privilegi — è estremamente diffuso nel periodo in questione. Va aggiunto che tale configurazione trovava una scarsa corrispondenza nella realtà giuridica inglese del periodo (negli stessi anni una valutazione più realistica del modello inglese può essere letta in G.B. UGO, *La responsabilità dei pubblici funzionari. Studio teorico-pratico*, Torino, Bocca, 1885). Più in generale si può aggiungere che lo sguardo 'ideologico' al diritto inglese (caratterizzato come un diritto esente da regole speciali ed a cui era persino sconosciuta l'espressione diritto amministrativo) ha dominato poi a lungo, sotto l'influenza delle pagine autorevoli di Dicey, l'analisi dei giuristi italiani disposti a vedere in Inghilterra un'amministrazione pubblica totalmente soggetta al diritto privato. Su quest'ultima vicenda si cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., pp. 39 e ss..

riori alle premesse teoriche ed in parte contrastanti con esse. L'Autore conclude, coerentemente con l'invocato modello inglese, per una piena applicazione degli articoli 1151 e 1152 del Codice civile nei confronti dei pubblici funzionari: il danno sebbene cagionato da pubblici ufficiali deve essere sottoposto alle regole del diritto privato ⁽¹¹⁴⁾. Il diritto comune deve valere per tutti: Bonasi critica pertanto le restrizioni imposte al pieno impero della legge di diritto comune, ma senza molto ardore, senza « esagerare », « senza pretendere — scrive — in chi aspira alle pubbliche cariche una specie di infallibilità e onnipotenza » ⁽¹¹⁵⁾.

Pagine molto più dense e decise a favore di una piena applicabilità del diritto comune ai funzionari furono scritte qualche anno dopo da De Gioannis Gianquinto ⁽¹¹⁶⁾ che si soffermò soprattutto su tre aspetti, indispensabili — a suo dire — affinché la responsabilità degli amministratori raggiungesse il suo scopo: a) i tribunali devono essere quelli ordinari; b) l'istanza ed il procedimento devono essere liberi; c) tutti gli amministratori devono essere responsabili direttamente e personalmente in ogni grado della gerarchia ⁽¹¹⁷⁾. L'affermazione del secondo punto era particolarmente rilevante di fronte a normative che sottoponevano ad autorizzazione il procedimento nei confronti di alcuni pubblici ufficiali ⁽¹¹⁸⁾: un « sistema — commen-

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici*, cit., pp. 173 e ss..

⁽¹¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 316.

⁽¹¹⁶⁾ G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, tip. dell'Associazione, vol. I, 1877; vol. II, 1879; vol. III, 1881

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. *ibidem*, vol. I, pp. CXX e ss.; vol. III, pp. 698 e ss..

⁽¹¹⁸⁾ L'articolo 8 della Legge Comunale e Provinciale del 1865 prescriveva che i Prefetti, o i Sottoprefetti, e coloro che ne fanno le veci non potevano essere sottoposti a procedimento per alcun atto dell'esercizio delle loro funzioni senza autorizzazione del Re, previo parere del Consiglio di Stato. Tale prerogativa era estesa dall'articolo 110 della stessa legge ai Sindaci. Il modello era ricalcato sull'articolo 75 della costituzione francese dell'anno VIII che stabiliva, com'è noto, che gli agenti di governo potevano essere processati davanti a tribunali ordinari per fatti relativi alle loro funzioni soltanto in virtù di una previa decisione del Consiglio di Stato. Tale disposizione venne soppressa con un decreto del settembre 1870. Le voci critiche di Bonasi e Gianquinto nei confronti della garanzia amministrativa non erano certo le uniche. Aspre denunce di tale 'ingiusto privilegio' possono leggersi, ad esempio, anche in G.B. UGO, *La responsabilità dei pubblici funzionari*, cit.; G. SAREDO, *La legge sulla amministrazione comunale e provinciale*, (II ed.), Torino, UTE, 1903, vol. III. Una tra le rare difese difesa del sistema

tava Gianquinto — che viola gravemente l'indipendenza del potere giudiziario, rende illusorio il principio della responsabilità personale, e lascia il balia dell'arbitrio le garanzie de' più sacri diritti dei cittadini » (119). Anche Gianquinto è fortemente influenzato dal modello inglese, « esempio ammirabile da imitare », ed il rispetto dei tre punti cardine enunciati — « giurisdizione ordinaria e comune; istanza e procedimento libero; responsabilità diretta e personale » — mirano proprio ad uniformare l'ordinamento postunitario a tale modello (120).

Più incerto si fa il discorso allorché si passa però a valutare i 'riflessi' della responsabilità del funzionario sulla pubblica amministrazione. In questo caso il modello inglese, tutto centrato sulla sola responsabilità del funzionario, non offriva alcun ausilio ed i nostri giuristi esitano tra applicazione generalizzata delle norme di diritto comune — applicando l'articolo 1153, come fondamento della responsabilità indiretta della pubblica amministrazione, e gli articoli 1151 e 1152 per la responsabilità diretta — e rispetto degli aspetti peculiari, e quindi della irresponsabilità, del soggetto statale.

Bonasi cerca di stabilire una responsabilità indiretta della pubblica amministrazione attraverso fragili, quanto poi fortunate, distinzioni che mirano, per un verso, a garantire ancora la 'onnipotenza' del diritto civile in tema di responsabilità e, per altro verso, ad assicurare una piena autonomia all'attività 'sovrana' dello Stato.

Gianquinto esamina velocemente la questione, ma non ha dubbi di sorta nell'affermare l'applicazione degli articoli del Codice civile anche nei confronti dell'amministrazione: « le regole stabilite dagli articoli 1151, 1152, 1153 del Codice civile — scrive — non sono di semplice gius civile, ma sì di diritto naturale applicabili del pari essenzialmente ai privati e allo Stato; (...) siamo di avviso che la responsabilità dello Stato sia soggetta ai principi generali del diritto comune, e che senza distinzione lo Stato di fronte ai cittadini lesi ne'

della garanzia amministrativa, accompagnata da pagine critiche nei confronti della ricostruzione di Bonasi, può essere letta in D. MOTTOLA, *Trattato in diritto amministrativo sulla responsabilità degli uffiziali di governo e pubblici funzionari*, Catanzaro, Tip. del Calabro, 1894, pp. 41 e ss..

(119) G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, cit., vol. III, p. 707. Cfr. anche vol. I (Proemio) pp. CXXII e ss..

(120) *Ibidem*, vol. I, pp. CXX e ss..

loro diritti, debba essere responsabile dei fatti dei suoi agenti in tutte le branche della pubblica amministrazione ogniquale volta si verificano i termini giuridici di *committenti* e *preposti*, previsti dagli anzidetti articoli del Codice civile » (121). Il fondamento della responsabilità civile della pubblica amministrazione sta, ed in ciò l'amministrativista si conforma al filone centrale della letteratura civilistica francese, nell'universalità delle regole di diritto comune: regole non di « semplice gius civile », bensì di « diritto naturale ». Da questo punto di vista, Gianquinto critica le distinzioni giurisprudenziali tra uno Stato responsabile solo nella sua veste di 'persona civile' o di 'proprietario' e non invece come 'potere pubblico esecutivo o governativo' (122). L'impero di 'diritto naturale' del diritto comune è così spinto — anche se senza molte ulteriori spiegazioni — a giustificare una piena responsabilità sussidiaria della pubblica amministrazione.

Partito anch'egli dall'affermazione della assoluta completezza ed insostituibilità del diritto comune, Bonasi cambia invece registro quando passa dalla considerazione della responsabilità dei funzionari a quella dei casi in cui tale responsabilità 'risale' alle amministrazioni pubbliche da cui essi dipendono. Il quesito è ancora quello della applicabilità o meno dell'articolo 1153 del Codice civile alla pubblica amministrazione.

Riprendendo ed ampliando le pagine di Larombière, Bonasi introduce la distinzione del « doppio carattere » (123) dello Stato: allorché è « investito di potere sovrano » (124), quando « si manife-

(121) *Ibidem*, vol III, pp. 718 e 719.

(122) *Ivi*.

(123) A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici*, cit., p. 448 : dal « doppio carattere » dello Stato « deriva un duplice ordine di funzioni e di attribuzioni perfettamente distinte ».

(124) *Ibidem*, p. 448: nello Stato « investito del potere sovrano « rientra la funzione legislativa, quella giudiziaria e « prendere tutte le disposizioni necessarie perché siano eseguite (le leggi) », « mantenere l'ordine e la sicurezza tra i cittadini proteggendo i loro interessi morali, intellettuali e materiali ». Cfr. ancora p. 465: « tutti gli atti che sono compiuti per mantenere inviolato l'esercizio delle pubbliche e delle private libertà, conservare la pace all'interno e la indipendenza all'estero, per provvedere alla tutela dei cittadini, operando per dovere e per necessità del suo ufficio, debbono dirsi compiuti nella sua qualità di *sovrano* ed appartenere al mandato di governo, il quale perciò in proposito non ha comandi da dare, pone condizioni e non ne subisce, non incontra

sta e si produce come un'incarnazione della sovranità » (125), quando « agisce a titolo di governo » e si pone di fronte ai cittadini come « superiore » (126), lo Stato non potrà essere sottoposto alle regole delle leggi civili « la cui essenza è l'uguaglianza tra tutte le persone e la libertà d'azione per tutte » (127). Mentre l'articolo 1153 sarà applicabile allo Stato come « persona giuridica o civile, avente i suoi beni, le sue proprietà, i suoi interessi, i suoi crediti ed i suoi debiti », quando cioè lo Stato compie atti che « per la loro *intrinseca natura* e per *essenza* sono propri dell'individuo e potrebbero essere anche abbandonati all'iniziativa individuale » (128). In queste ultime ipotesi si instaurano rapporti tra uguali e vige dunque l'impero della legge comune: lo Stato non è più sovraordinato, ma « si sostituisce alle opere dell'individuo e discende a mettersi al suo pari » (129).

A determinare l'applicazione della disciplina privatistica è l'attività svolta: se lo Stato assume incidentalmente attività private, perde la sua condizione di potere sovrano e 'degrada' la sua natura. I meccanismi che tutelano i cittadini danneggiati in un caso sono quelli privatistici e nell'altro scompaiono del tutto: il potere sovrano non ha responsabilità, ma è in compenso limitato perché diventa 'uguale' al privato ogni volta che assume attività 'che potrebbero essere abbandonate all'iniziativa individuale'. L'esaltazione iniziale del diritto comune riesce infine a fornire una tutela per le sole situazioni configurate come simmetriche, di piena uguaglianza tra i soggetti: è solo in tali rapporti infatti che impera il diritto comune uguale; quel diritto che è, invece, del tutto impotente nel caso in cui lo Stato si ponga di fronte ai singoli come 'da superiore ad inferiore', perché dove cessa l'uguaglianza cessa anche l'impero della legge comune (130).

responsabilità che verso la pubblica opinione e la sua volontà è assoluta e non ha altri limiti che quelli che gli vengono dalla sua natura, dalla costituzione fondamentale dello Stato... ».

(125) A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici*, cit., p. 449

(126) *Ibidem*, p. 451.

(127) *Ivi*.

(128) *Ibidem*, p. 467.

(129) *Ivi*.

(130) Cfr. un successivo intervento dello stesso Autore che chiarisce, ad oltre un

Pur presentando questa ricostruzione, Bonasi è convinto di non essersi staccato dallo « stupendo modello » angloamericano. È vero, dice, la responsabilità dello Stato in Inghilterra ed in America non è mai ammessa, ma la diversità con il nostro diritto è solo apparente: anche in Italia infatti lo Stato non è mai responsabile degli atti compiuti dai suoi funzionari per la tutela dell'ordine e della sicurezza; e proprio queste sono « le sole attribuzioni che lo Stato ha conservato in Inghilterra ed in America, ond'è naturale che avendo rinunciato a quella serie di diritti che agli Stati del continente provengono dalla forte costituzione della loro personalità giuridica non vi siano sanzionati nemmeno gli obblighi relativi » (131). Si

decennio dalla sua monografia, ulteriormente il punto: A. BONASI, *La responsabilità dello Stato per gli atti dei suoi funzionari. Il diritto vigente*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I, 1, 1886. Lo Stato, come « potere sovrano », « esercita necessariamente una funzione di impero, di fronte alla quale sono inconcepibili i rapporti di uguaglianza dai quali unicamente possono scaturire diritti e obblighi vicendevoli, sicché viene a mancare la condizione essenziale per l'applicabilità delle leggi civili » (p. 5); mentre lo Stato, « come persona giuridica o civile », compie atti che « per la loro natura sono propri dell'individuo, e potrebbero essere abbandonati all'iniziativa individuale, e lo Stato compiendoli si pone volontariamente in un rapporto di uguaglianza coi cittadini, così deve soggiacere all'impero della legge comune ». Tale tesi è ribadita soprattutto in replica alle critiche volte al suo sistema da Chironi (cfr. *infra* cap. V.4) e da Meucci (cfr. *infra* in questo stesso paragrafo). Lo Stato — obietta Bonasi — non può ritenersi « in un rapporto di perfetta uguaglianza coi cittadini » ed essere sottoposto al diritto comune; il magistrato e l'interprete non possono « coartare lo Stato alla stregua dei diritti dei singoli » (pp. 22 e ss.). I timori nei confronti delle decisioni di « una giurisprudenza sempre fluttuante » e nei confronti del « soverchio arbitrio lasciato al giudice » spingevano altri autori ad abbandonare del tutto il terreno del diritto comune a favore della richiesta di un diritto speciale della pubblica amministrazione: « Dell'amministrazione e degli atti d'amministrazione non può giudicarsi che con criterii e norme amministrative, di diritto speciale, non di diritto comune; così come nel giudicare del danno inferito al privato non può prescindersi dalle norme del diritto speciale. Di un diritto speciale in gran parte costituendo, quanto alla responsabilità dello Stato verso i privati e de' funzionari verso lo Stato; ma sempre di diritto speciale ». Così G. ABIGNENTE, *La responsabilità dello Stato per gli atti de' suoi funzionari*, in *Il Filangieri*, XI, 1886, (pp. 250-260) pp. 253; 256; 260.

(131) A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici*, cit., p. 532. In nome della assoluta irresponsabilità dello Stato presente nel modello inglese la tesi di Bonasi è criticata da Saverio SCOLARI (*La responsabilità dei pubblici funzionari*, in *Nuova antologia*, XXV, 2, febbraio 1874, pp. 475 e ss.). Solo l'amministratore può essere capace — sostiene Scolari — di delitti e quasi delitti, in nessun caso lo Stato. D'altronde, se la responsabilità personale del funzionario non è

giustifica in tale prospettiva la preminenza del riferimento alla responsabilità del funzionario, la configurazione solo parziale e accessoria di una responsabilità dello Stato quale 'committente' ed, ancora, la convinzione della non ipotizzabilità di una responsabilità per i danni arrecati dall'amministrazione ai privati nell'esercizio della sua attività legittima ⁽¹³²⁾.

A dire di Bonasi, è la stessa scelta per il diritto comune uguale che impone tale soluzione; ed è infatti in riferimento ad esso che ci si spinge verso una dosimetria dei rapporti di uguaglianza solo in presenza dei quali sarà possibile l'applicazione dei suoi principi. Uno schema che contrasta con quello di Gianquinto che giungeva ad un'applicazione generalizzata dei principi civilistici della responsabilità in base alla sola affermazione della loro vigenza come indiscutibile regola di « diritto naturale ». Com'è noto, la teoria della « doppia personalità » dello Stato, ripresa ed ampliata da Giorgio Giorgi, si impose sempre più soprattutto nella giurisprudenza ⁽¹³³⁾.

sufficiente a garantire il danneggiato, non esistono ragioni valide per spostare il danno, dalla persona su cui è caduto, sullo Stato e, quindi, sulla collettività: « Lo Stato deve chiamare i contribuenti a risarcire un danno recato a uno o più di loro, quando è provenuto da un atto eseguito nel bene di tutti. Ma con quale titolo, e con quale giustizia, verrebbe egli a spostare la responsabilità di chi non ha obbedito alla sue leggi, per farla poi pesare indirettamente su coloro che avevano interesse e diritto che le leggi fossero rettammente osservate? Si obietta esservi il terzo ch'è danneggiato; e se la responsabilità personale dell'impiegato non basta a garantirlo, egli sopporta da solo il danno che potrebbe essere ripartito fra tutti. Ma per quale ragione ripartirlo? ». E ancora: « Se il ladro non ha di che risarcire il derubato, nessuno ha mai detto che deve risarcirlo lo Stato, perché gli incombe la tutela della proprietà privata. E se quegli che ruba è un impiegato, siamo sempre nel caso di un cittadino che offende la legge, che manca ai suoi doveri; e come nel primo esempio lo Stato deve garantire i beni, in questo secondo deve garantire l'osservanza della legge » (p. 488).

⁽¹³²⁾ Cfr. A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici*, cit., p. 234: la pubblica amministrazione « finché nella sua azione non eccede i limiti che le sono segnati dalle leggi e dalla natura del suo ufficio non offende nessuno e non può dar luogo a giudizi di risarcimento, ancorché danno ci sia, per la ragione che *qui iure suo utitur neminem laedit* ».

⁽¹³³⁾ Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. V, cit., soprattutto le pp. 474 e ss. dedicate ad una appassionata difesa delle tesi di Bonasi dalle critiche; e G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, vol. III, *Parte speciale, lo Stato*, Firenze, Cammelli, 1892, pp. 114 e ss., in cui il sistema della doppia personalità dello Stato è fatto oggetto di una vera e propria « apologia » (cfr. in particolare pp. 169 e ss.:

Una distinzione fortunata, ma che risultava teoricamente inappagante, sia di fronte alla diffusa concezione del diritto comune come 'orbita' di principi a cui anche lo Stato non poteva in alcun modo sottrarsi, sia di fronte alle crescenti richieste di una totale 'immunità' della pubblica amministrazione da qualsiasi responsabilità. Non è un caso che all'opera di Bonasi seguirono una serie di scritti che, trascurando il problema della responsabilità del funzionario, tentarono di sciogliere con minori compromessi il nodo della responsabilità della pubblica amministrazione e proclamando genericamente la sua generale sottoponibilità alle regole del diritto comune e tentando di opporre nuove ipotesi ricostruttive all'ambigua 'doppia personalità' dello Stato ⁽¹³⁴⁾.

Del 1875 è il primo intervento di Carlo Francesco Gabba sull'argomento ⁽¹³⁵⁾: pagine vaghe che, nel tentativo di fare chiarezza teorica, accentuarono ulteriormente la confusione del dibattito. Gabba ritornerà in seguito a più riprese sull'argomento e, come vedremo, esprimerà, soprattutto nell'ardore della polemica con Mantellini, con maggiore nettezza e lucidità le sue posizioni; questo suo primo intervento è invece ambiguo ed esprime lo stato di incertezza in cui versava anche la migliore dottrina. L'affermazione perentoria difesa da Gabba per superare le dottrine « indeterminate e confuse » è che lo Stato « per regola generale non può essere tenuto responsabile degli atti ingiusti dei suoi funzionari » ⁽¹³⁶⁾; un

il paragrafo intitolato « Apologia del sistema ». Per la giurisprudenza che accolse con estremo favore la tesi della 'doppia personalità' si possono cfr. le varie sentenze citate dallo stesso Giorgi e quelle richiamate in *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul Codice civile* (a cura di C. FADDA, E. A. PORRO, A. RAIMONDI, A. VEDANI), vol. V, articoli 1097-1156, *Anni 1866-1915*, Milano, Società Editrice Libreria, 1919, articoli 1151/1152, n. 1531 e ss. (pp. 515 e ss.).

⁽¹³⁴⁾ Oltre alle pagine seguenti si cfr. sulla questione tutto il capitolo XI.

⁽¹³⁵⁾ C. F. GABBA, *Della responsabilità civile dello Stato nascente da danno dato ingiustamente ai privati dai pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1875, cc. 23 e ss.. Ci occuperemo nel prossimo paragrafo dei successivi interventi di Gabba sul tema.

⁽¹³⁶⁾ *Ibidem*, cc. 25 e ss. ove si richiama ampiamente agli argomenti di Larombière e di Bluntschli: « Lo Stato non è persona privata (...), ha un'esistenza di fatto necessaria, e di necessità anteriore, almeno logicamente, a tutti gli altri enti e fenomeni giuridici. Imperocché lo Stato è la sintesi e l'unità ideale di tutta quanta la vita giuridica (...). Da ciò consegue che la rappresentazione dello Stato per opera del pubblico funzionario è

principio che l'Autore stesso però viene a scalfire notevolmente introducendo eccezioni per gli abusi dei funzionari totalmente sottoposti al volere del governo — « tali sono i soldati (...) componenti le armate di terra e di mare, le gendarmerie, le guardie di polizia governativa, i doganieri, le guardie forestali, le guardie carcerarie » (137) — e gli atti posti in essere da funzionari nella gestione interna di ufficio riguardante interessi privati dei cittadini (138).

Si giungeva per via di eccezione ad ammettere una responsabilità indiretta dello Stato per tutta una serie di ipotesi in cui anche coloro che si dicevano favorevoli ad un'ampia responsabilità dello Stato la negavano. Le 'eccezioni' assumevano inoltre maggior rilievo in quanto Gabba riteneva che la discussione dovesse vertere sul solo punto realmente controverso, quello attinente alla responsabilità per le 'vere' funzioni dello Stato, « quelle che attengono alla vera e propria missione naturale dello Stato, cioè alla tutela dei veri e propri interessi pubblici », essendo pacifica la disciplina totalmente privatistica di quelle « intraprese di indole meramente privata che lo Stato invece di affidare a privati intraprenditori, fa eseguire direttamente sotto la scorta dei suoi dipendenti » (139). Si scalfiscono quei poteri che per Bonasi erano intangibili, i « poteri governativi », le « funzioni sovrane » (140).

Concretamente la sfera della responsabilità veniva, dunque, ad ampliarsi grazie alle eccezioni, ma il principio generale affermato — quello della normale inapplicabilità delle regole civilistiche nei confronti della pubblica amministrazione — appariva del tutto inidoneo allo svolgimento della sua funzione di risolutiva regola generale della problematica. Si possono pertanto comprendere le perplessità e

necessaria al pari dello Stato medesimo, che per conseguenza manca affatto per lo Stato quel motivo razionale di far risalire la responsabilità del rappresentante al rappresentato, che nel diritto civile privato risiede nell'essere il rappresentante una creazione della libera volontà, come il rappresentato » (c. 31).

(137) C. F. GABBA, *Della responsabilità civile dello Stato*, cit., cc. 39 e ss.

(138) Tale eccezione serviva a risolvere, nel senso della responsabilità della pubblica amministrazione, il discusso caso dei depositi giudiziari: « essendo evidente che il depositario non può discolparsi nei confronti del deponente allegando l'infedeltà o la incuria de' propri dipendenti » (*ibidem*, c. 43).

(139) C. F. GABBA, *Della responsabilità civile dello Stato*, cc. 25 e 26.

(140) *Ibidem*, cc. 36 e ss..

condividere la critica avanzata da Lorenzo Meucci alla teoria di Gabba: « non costituisce un principio; dacché non è un principio quello che ammette nel suo stesso contenuto essenziale eccezioni che lo distruggono » (141).

Mentre si consolidavano sempre di più teoriche intermedie ricalcate sulla teoria di Bonasi, fu proprio di Lorenzo Meucci il tentativo di risolvere la questione ponendo un solido principio generale: il nucleo della questione torna ad essere il rapporto con la disciplina della responsabilità di diritto comune. Superato con poche battute il tema della responsabilità dei funzionari pubblici (142) e riconosciuta con un breve cenno la possibilità di una responsabilità diretta della pubblica amministrazione (143), Meucci aveva affrontato in maniera ampia solo il tema della responsabilità indiretta, « una delle più ardue e combattute questioni che agitano la moderna letteratura giuridica » (144).

Meucci è insoddisfatto delle diverse teorie formulate: piene di troppe eccezioni e contrastanti con l'unità dei principi giuridici, esse riescono solo a formulazioni troppo rigide o troppo vaghe. Il

(141) L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. I, Roma, Salviucci, 1879, p. 288.

(142) Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 263 e ss.. Anche in Meucci ritroviamo la critica nei confronti dell'autorizzazione governativa per poter procedere contro taluni funzionari (pp. 265 e ss.); il rifiuto della eccezione della « ubbidienza gerarchica », perché non si può concepire un'amministrazione ove « l'agente veramente morale » è uno solo mentre sono « tutti gli altri servi e macchine » (p. 275). Su quest'ultimo punto cfr. anche G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, vol. I, cit., pp. CXXXIII e ss.. La tesi per cui si deve ritenere irresponsabile un funzionario solo perché ha obbedito ad un ordine viene definita « ingiusta, immorale, tirannica »: « Un funzionario non può essere uno strumento materiale. Egli non può abdicare alla sua coscienza: nessuno può avere il diritto di comandargliene il sacrificio: nessun Imperatore o Sovrano può spedirgli la dispensa dalle legge morale, e francarlo di ogni responsabilità » (*Ivi*). Su Lorenzo Meucci si cfr. G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, cit., pp. 173 e ss. e B. SORDI, *Giustizia a amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 66 e ss..

(143) Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 280.

(144) L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 282. Le pagine del testo dedicate al tema della responsabilità indiretta riproducono fedelmente un lungo articolo di poco anteriore: L. MEUCCI, *Della responsabilità indiretta delle Amministrazioni pubbliche*, in *Archivio giuridico*, XXI, 1878, pp. 341 e ss..

problema deve invece ridursi ai suoi termini minimi, semplici, essenziali, ma senza perdere di vista il fondamentale bene dell'unità del diritto, della indivisibilità dei principi giuridici: la questione della possibilità di una responsabilità *quasi ex delicto* della pubblica amministrazione dovrà essere affrontata approfondendo e chiarendo i principi generali di diritto comune.

A fondamento della responsabilità indiretta per quasi delitto c'è sempre il rapporto institorio, l'estensione mediante la rappresentanza dell'autorità e della fiducia di una persona ad un'altra. Tale relazione ha — Meucci insiste a lungo sul punto — una « base morale »⁽¹⁴⁵⁾ e la responsabilità segue tale « vincolo morale », è una « garanzia morale » che il rappresentato deve nei confronti dei terzi che risentano danni dal suo rappresentante: « ciò per un principio di equità e di diritto generale, razionale e positivo, essere giusto e naturale che ognuno risenta degli incomodi di là onde trae i vantaggi »⁽¹⁴⁶⁾. Un principio generale che è valido anche nei confronti degli enti, perché « la moralità del rappresentato è la moralità dell'ente » e perché non si può accettare che la finzione dell'identità tra rappresentante e rappresentato valga solo quando questi contratti e non quando 'danneggi' ⁽¹⁴⁷⁾. Si tratta allora di vedere se questo principio sia applicabile « alla natura specifica dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni »; e qui si giunge finalmente al centro della questione: il confronto tra il principio di diritto comune civilistico individuato e 'la natura specifica dello Stato', tra il diritto civile e il diritto pubblico, tra la normativa generale valida per tutti i casi e quella speciale.

Meucci non ha dubbi: i principi tratteggiati in tema di responsabilità sono assoluti, costituiscono il diritto comune, il Diritto, ed è a tali principi che deve inchinarsi anche la pubblica amministra-

⁽¹⁴⁵⁾ L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 304.

⁽¹⁴⁶⁾ *Ibidem*, p. 310.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 312 e 313: « Lo scopo dell'ente come il mandato del rappresentante è non il *far bene*, ma il fare, l'operare, il vivere una missione da compiere (...). Questo moto, quest'azione libera e larga verso lo scopo, è e deve essere come tale sempre morale, quindi sempre responsabile ». E ancora: « tracciare una linea e distinguere gli andamenti dalle aberrazioni, il fatto buono dal cattivo, vale veramente dividere quello che è indivisibile, il comodo e l'incomodo, vale creare un ente non giuridico, cioè giusto, ma parziale e privilegiato ».

zione. Il tema della responsabilità deve esser ricomposto in un quadro unitario e comune, in un rigido assetto costituzionale di principi civilistici, formanti il « Diritto con tutti i legami dell'indivisibile sua unità » (148). Sono le idee che ritroveremo nella costruzione di Gian Pietro Chironi tutta volta a desumere dall'unità dei principi civilistici le regole generali, i principi comuni da applicare anche nei confronti della pubblica amministrazione; qui invece è proprio un'amministrativista di rango a farsi consapevole portavoce di tali istanze: « il diritto pubblico non è una sfera d'immunità e di inviolabilità, un'antitesi del diritto privato. È un ramo o un'applicazione del diritto ai rapporti dello Stato, che soggiace quindi come ogni altra essenza giuridica alla condizionalità della coesistenza ed armonia di tutti i diritti. Il principio che non v'è diritto contro diritto, vale per tutto il campo giuridico » (149)

Il diritto comune civilistico è il garante della armonia di 'tutti i diritti', un'armonia possibile solo nell'unità complessiva: sfere di autonomia sono garantite solo a condizione che si pongano all'interno e non in contrasto con il quadro d'insieme i cui confini ultimi sono rappresentati indiscutibilmente dai principi del diritto civile: « Ne segue che lo Stato, libero anch'esso dentro la sfera sia pure lata della sua azione legittima, se la passa ed offende il diritto altrui, deve ripararlo. Ciò significa il gran principio della uguaglianza di tutti i diritti. Qui non v'ha luogo a distinzioni di personalità, né di funzioni, né di scopi. Il principio della responsabilità per lesioni di diritto è assoluto. Una restrizione o eccezione sola lo distruggerebbe » (150).

L'amministrazione pubblica non può alterare il principio della responsabilità e della rappresentanza, deve sottoporsi ad essi « alla pari di ogni altro ente morale »: « la ragione d'ordine e di diritto pubblico non altera punto questa conseguenza perché essa discende non dalla qualità o dallo scopo di un diritto, ma dalle condizioni essenziali del diritto stesso » (151). Lo Stato che lede il diritto altrui dovrà essere sottoposto ai principi di diritto comune, dovrà soggia-

(148) L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, p. 5.

(149) *Ibidem*, p. 319.

(150) *Ivi*.

(151) *Ibidem*, p. 320.

cere alle regole morali del rapporto institorio. In base all'assunto della generale applicabilità di tali principi alla pubblica amministrazione si deve poi respingere non solo la tesi per la irresponsabilità dello Stato, ma anche quella della 'doppia personalità dello Stato' (152). A tale teoria, fondata sulla visione di un diritto pubblico privilegiato sul diritto privato, occorre opporre quella del diritto comune valido nei suoi principi generali anche per il diritto pubblico (153).

Dalla sintesi di Meucci si può dedurre una configurazione della responsabilità che o è ispirata alle regole comuni di diritto civile o non esiste: tutta la ricostruzione mira ad opporsi alle tesi propense a creare eccezioni, particolarità, lacerazioni, nella unitarietà dei principi comuni e perciò 'distruttive' del diritto, contrarie alle 'condizioni essenziali del diritto stesso'. Il diritto pubblico è nell'orbita del diritto civile comune, perché solo entro tale orbita è pensabile il Diritto.

Il discorso non conduce però — è opportuno precisarlo — ad una generale sottoposizione della pubblica amministrazione alla responsabilità di diritto comune: oltre ai casi in cui abbastanza pacificamente si ammetteva una sfera di irresponsabilità — gli atti sovrani del potere legislativo e del potere giudiziario (154) —, il Nostro giurista configura una vasta eccezione al principio generale discutendo degli atti discrezionali del potere esecutivo. Attraverso la discrezionalità, designata quale vera e propria peculiarità del potere amministrativo, il rigore della piena applicabilità del principio comune di responsabilità alla pubblica amministrazione è infranto: con la discrezionalità il potere amministrativo ha « quasi una particella di sovranità e quindi di irresponsabilità » (155). Una discrezionalità che è, certo, « pericolosa » perché facilmente può degenerare in « arbitrio » e « dispotismo », ma che è comunque indispensabile:

(152) Cfr. *ibidem*, pp. 323 e ss..

(153) Cfr. *ibidem*, pp. 324 e ss..

(154) Cfr. *ibidem*, pp. 355 e ss..

(155) *Ibidem*, p. 355: « La legge per certi supremi fini di utilità sociale, come la sicurezza, l'ordine, l'igiene, la sanità e simili accorda all'autorità amministrativa una certa libertà di movimento, una certa larghezza di facoltà, che dicesi proprio *discrezionale*, che forma una sfera entro la quale tale *libertà*, è veramente *autorità* e partecipa per similitudine e per analogia alla presuntiva legittimità degli atti legislativi ».

« Come il padre di famiglia nello interno di sua casa, il padrone nell'uso e nell'abuso della sua proprietà, possono adoperare imprudentemente ed inconsultamente, né per questo violerebbero i diritti di alcuno e quindi dovrebbero in questi limiti essere esenti da ogni responsabilità; così l'autorità governativa deve godere d'un simile diritto » ⁽¹⁵⁶⁾.

Si delinea una sfera di irresponsabilità di non poco conto, ma che non contrasta con la unità del diritto e con la prospettiva della piena sottoposizione della pubblica amministrazione al diritto comune, al Codice civile: tutta l'analisi, dichiara Meucci in conclusione del suo lavoro, è stata infatti condotta riconducendo ogni punto alla « unità del diritto » ⁽¹⁵⁷⁾. Entro tale quadro teorico la discrezionalità del potere amministrativo è uno strumento indispensabile per conciliare pragmaticamente le esigenze ricostruttive della scienza e gli interessi degli apparati amministrativi in espansione ⁽¹⁵⁸⁾.

Si giunge però a tale compromesso — ed è quello che più ci preme sottolineare — attraverso un itinerario argomentativo che tiene a non infrangere in nessun momento l'istituto della responsabilità di diritto comune, che sottolinea in modo continuo che i principi del Diritto non sono suscettibili di eccezioni, di adattamenti particolari alle 'necessità' della pubblica amministrazione. Lo stesso limite della discrezionalità è giustificato ricorrendo al diritto privato: la pubblica amministrazione si sottrae alle regole della responsabilità nelle stesse ipotesi in cui vi si sottrae un qualsiasi padre di famiglia, un qualsiasi « padrone nell'uso e nell'abuso della sua proprietà », perché non può violare alcun diritto chi esercita un suo diritto.

Il dibattito dottrinale si avviluppava così sempre di più attorno ad una serie di questioni teoriche in cui esigenze contrastanti apparivano non più conciliabili. Il mito del diritto comune quale migliore dei diritti possibili su cui insiste Bonasi, i principi di « diritto naturale » invocati da Gianquinto, l'unità del diritto di cui

⁽¹⁵⁶⁾ L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 356. Sulla discrezionalità anche Bonasi non aveva alcun dubbio: « In Inghilterra come in Italia la legge dichiara formalmente che gli atti del potere *discrezionale* non danno luogo a responsabilità, e questo basta a mettere tutto in salvo » (A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici*, cit., p. 441).

⁽¹⁵⁷⁾ L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 374.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 357 e ss..

si faceva interprete Meucci apparivano contenitori fragili di una pluralità di situazioni sempre più frastagliate, sempre più difficilmente riconducibili alle linee unitarie di un unico istituto. In questa situazione la giurisprudenza annaspava incerta tra le varie teorie, ma spesso, sotto la spinta dell'istanza degli apparati pubblici, giungeva a ampie dichiarazioni di irresponsabilità⁽¹⁵⁹⁾. Si creava così un contrasto lacerante tra concezioni giuridiche diffuse e prassi, tra ipotesi di ricostruzione unitaria dell'istituto, tutte gravanti nell'orbita del diritto comune, e progressivo sgretolamento di tale unitarietà.

4.4. « Dogmatica erariale »: *Gabba contro Mantellini*, « *civili* » contro « *regalisti* ».

Nel gennaio del 1876, a pochi giorni dalla istituzione degli uffici della Regia Avvocatura Erariale⁽¹⁶⁰⁾, l'Avvocato generale pronunciava una prolusione illustrante i pregi del « nuovo istituto (...) disposto per la difesa del sacro erario »⁽¹⁶¹⁾. La voce era quella di

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr., ad esempio, Corte di Cassazione di Napoli, 1 giugno 1876, in *Il Foro italiano*, II, 1876, cc. 77 e ss. (con nota di F. MECACCI) e, soprattutto, Corte di Cassazione di Napoli, 3 febbraio 1876, in *Monitore dei Tribunali*, XVII, 13 (25 marzo 1876), pp. 346 e ss. che negava decisamente la configurabilità di una responsabilità indiretta dello Stato per fatto del funzionario. La sentenza convergeva con convinzioni sempre più diffuse nell'apparato amministrativo: significativamente venne comunicata, con una nota di plauso, dall'Avvocato generale erariale, Giuseppe Mantellini, agli avvocati dello Stato. Anche il Ministro di Grazia e Giustizia in una sua memoria del 5 marzo 1876, indirizzata allo stesso Mantellini e avente a specifico oggetto le « liti promosse contro la Regia Amministrazione per restituzione di depositi malversati nelle cancellerie giudiziarie », richiedeva un più marcato impegno delle avvocature erariali e « un identico sistema di difesa in tutte le cause pendenti »: sostenere « la irresponsabilità dello Stato pei fatti illeciti dannosi dei suoi funzionari ». Entrambe le memorie — in quella del Ministro si può, peraltro, leggere una puntigliosa raccolta della giurisprudenza schieratasi per la irresponsabilità dello Stato — sono pubblicate nel *Monitore dei Tribunali*, XVII, 13 (25 marzo 1876), pp. 349 e ss..

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. Legge 28 novembre 1875, n. 2871, e, in sua esecuzione, il Regio Decreto 16 gennaio 1876, n. 2914, istituyente gli Uffici dei regi avvocati erariali. Per qualche notizia sulla vicenda si cfr. F. BATISTONI FERRARA, *La difesa dello Stato in giudizio e la soluzione italiana*, in *L'avvocatura dello Stato. Studio storico-giuridico per la celebrazione del centenario*, Roma, Ist. poligrafico dello Stato, 1976, pp. 257 e ss..

⁽¹⁶¹⁾ *Prolusione dell'avvocato generale erariale* (Giuseppe Mantellini), pubblicata come allegato (n. 6) alla *Relazione per l'anno 1876 sulle Regie avvocature erariali*.

Giuseppe Mantellini, deputato toscano, studioso dei problemi dell'amministrazione, ma soprattutto funzionario di alto rango e uomo dell'apparato: era stato avvocato dal 1844 nella più prestigiosa delle avvocature degli Stati preunitari — l'Avvocatura Regia toscana, istituita con *motu proprio* di Pietro Leopoldo nel 1777 ⁽¹⁶²⁾.

Incaricato nel 1876 di stabilire i nuovi uffici del Regno e di « dare gli intendimenti » per il loro funzionamento ⁽¹⁶³⁾, Mantellini era stato da allora, per quasi un decennio, « il patrono assoluto dell'erario italiano » ⁽¹⁶⁴⁾. Pur tenendo a non abbandonare il suo incarico di deputato ⁽¹⁶⁵⁾, fu un Avvocato Generale diligente, scrupoloso, zelante: le relazioni annuali presentate all'esecutivo forniscono l'immagine di un personaggio che — stimatissimo e ritenuto insostituibile dagli ambienti governativi ⁽¹⁶⁶⁾ — identificò se stesso con l'istituzione diretta e che informò alle sue idee di studioso dell'amministrazione l'intera prassi dell'Avvocatura.

Il suo scritto più noto è, d'altronde, pensato proprio come « istruzione », come « direttiva » nei confronti degli uffici delle Avvocature erariali; un aspetto questo che non può essere trascurato se si vogliono comprendere esattamente le proposte del Nostro e,

⁽¹⁶²⁾ Giuseppe Mantellini (Firenze 1816 — Roma 1885) era stato a capo dall'Avvocatura Regia toscana dal 1851 al 1862, era stato poi Direttore del Contenzioso, nonché Consigliere di Cassazione nel 1865 e Consigliere di Stato nel 1867. Il *Motu proprio* di Pietro Leopoldo richiamato nel testo è del 27 maggio 1777. Per delle notizie sulle avvocature erariali preunitarie è sufficiente rinviare a quanto scrive Mantellini nella *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1880* e agli interventi raccolti in *L'avvocatura dello Stato. Studio storico giuridico*, cit..

⁽¹⁶³⁾ Si cfr. tra gli allegati alla Relazione per l'anno 1876 il Regio Decreto del 20 gennaio 1876.

⁽¹⁶⁴⁾ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, vol. III, p. 155.

⁽¹⁶⁵⁾ La legge del 13 maggio 1877 n. 3830 stabilì, appositamente per Mantellini, la compatibilità tra l'incarico parlamentare e quello di Avvocato generale dell'erario. Notizie sull'episodio sono fornite dallo stesso Mantellini nella *Relazione sulle regie avvocature erariali per l'anno 1878*, pp. 3 e ss..

⁽¹⁶⁶⁾ Delegato all'incarico nel 1876, Mantellini si dimise per un brevissimo periodo nel gennaio del 1878 per poi riaccettare la delega per tutto il 1879. Quando però alla fine dell'anno rassegnò le dimissioni, considerando concluso il suo incarico, ricevè subito la nomina effettiva che fu votata all'unanimità dal Consiglio dei Ministri. Si cfr. (G. MANTELLINI), *Relazione sulle regie avvocature erariali per l'anno 1879*, p. 1.

soprattutto, le reazioni che esse suscitarono ⁽¹⁶⁷⁾. È lo stesso Mantellini che esplicitamente attribuisce nelle sue Relazioni tale valore all'opera: in quella per il 1878 rinvia al primo volume de *Lo Stato e il Codice civile* ed in particolare al titolo « del danno dato dallo Stato per fatto proprio o degli agenti » come a un programma, ad un indirizzo da seguire nel lavoro degli uffici ⁽¹⁶⁸⁾. L'anno seguente ritorna in apertura della Relazione ancora sull'argomento: « *Avvocato erariale*, ne rubo da trentasei anni il concetto di difensore dei contribuenti, ai quali dall'Erario non si fa che prestare il nome alle liti. E a mettere questo concetto in piena luce, meglio d'ogni altro, serve il tema a cui mi sono dato: *Lo Stato e il Codice civile* » ⁽¹⁶⁹⁾. È un brano di una lettera inviata da Mantellini al suo editore Barbera di Firenze e che il Nostro riproduce senza esitazione nella sua Relazione annuale, convinto che l'opera in questione non contenesse le idee dello studioso, ma le direttive per l'apparato. Così infatti si prosegue: « Siffatto esordio al rapporto sui lavori delle Avvocature erariali per l'anno 1879, anziché per vanità di parlare di me o delle cose mie, è fatto per avvio a render conto del come io intenda l'art. 5 dell'organico sulle Avvocature del 16 gennaio 1876, là dove all'Avvocato generale si fa sovrintendere nella trattazione degli affari contenziosi e consultivi *con generali istruzioni* e con speciali norme direttive. Sì, mi è parso e continua a parere, che il *sacro* erario non faccia se non prestare il nome alle liti nell'interesse dei contribuenti; o che l'Avvocatura erariale non sia che dei contribuenti il difensore; e ho creduto e credo che l'ufficio principe dell'Avvocato generale sia di bandire la verità di questa teoria; si è come si propone appunto il mio primo volume pubblicato: *Lo Stato e il Codice civile*, e si proporrà il secondo (...). Né queste annuali relazioni fanno altro

⁽¹⁶⁷⁾ Quest'aspetto ci pare trascurato da Giorgio Rebuffa che pur è l'Autore che ha dedicato maggiore attenzione a Mantellini (cfr. G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, cit., pp. 117 e ss.).

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. G. MANTELLINI, *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1878*, p. 5. Il testo cui si fa riferimento è naturalmente G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, vol. I, Firenze, Barbera, 1880.

⁽¹⁶⁹⁾ G. MANTELLINI, *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1879*, p. 2. Si tratta di un brano della lettera dello stesso Mantellini (Fiesole, 1 ottobre 1879) all'editore Barbera che è premessa al primo volume de *Lo Stato e il codice civile*.

che aggiungere attestazioni o conferme alla medesima dimostrazione » (170).

La lunga premessa prima di giungere al nostro argomento non ci pare inutile: occorrerà tener conto, considerando le idee di Mantellini sulla responsabilità della pubblica amministrazione, che esse non rappresentano la voce isolata di uno studioso qualsiasi, ma esprimono le istanze di un apparato in espansione, quelle di un potere amministrativo tecnicamente accorto e fornito di un'alta 'vocazione' statualista.

Il tema della responsabilità dello Stato per « le malefatte dei suoi agenti » (171) costituisce uno dei punti nodali delle istruzioni e delle relazioni dell'Avvocato generale dello Stato (172): non è un caso, d'altronde, che il primo volume de *Lo Stato e il Codice civile* sia in gran parte dedicato a tale argomento che di anno in anno assumeva uno spazio sempre più rilevante nella dottrina ed era oggetto di contrastanti giudizi da parte della giurisprudenza (173). Mantellini è convinto che ben poco ci si possa attendere ai fini della soluzione della controversa questione da un intervento legislativo: non si può fare — sostiene — « la *casistica* in una legge », occorre invece trovare una concordia di vedute da « pubblica discussione dei casi contingenti », e dalla retta lettura dei principi generali (174).

(170) G. MANTELLINI, *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1879*, p. 2.

(171) G. MANTELLINI, *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1877*, pp. 27 e ss..

(172) 'Direttive' cui non era del tutto indifferente la magistratura. Cfr. quanto scrive in proposito F. MECACCI, nella *Nota* a Corte di Cassazione di Napoli, 1 giugno 1876, cit., c. 77. Un chiaro quadro della situazione può essere desunto soprattutto dalla lettura dell'annotazione di Mantellini e della memoria ministeriale poste, nel *Monitore dei Tribunali*, XVII, 13 (25 marzo 1876), come appendice a Corte di Cassazione di Napoli, 3 febbraio 1876, cit..

(173) Se ne può avere una visione, sintetica ma efficace, consultando le Relazioni annuali di Mantellini sulle avvocature erariali dal 1876 al 1883.

(174) Cfr. G. MANTELLINI, *Relazione sulle regie avvocature erariali per l'anno 1877*, p. 28: « Né la definizione di tanta controversia potrebbe, per quanto me ne pare, aspettarsi dalla legge proposta nella tornata del 25 novembre 1876 *Sulla responsabilità dei pubblici funzionari*, né dal suo articolo 5 che la fa risalire alla pubblica Amministrazione negli obblighi patrimoniali e contrattuali di essa e negli altri casi, secondo i principii del diritto debba la pubblica amministrazione rispondere degli atti dei propri agenti. Perocché quell'articolo non decide nulla, né si può fare la *casistica* in una legge ». Il progetto cui si fa riferimento è quello presentato da Mancini e Nicotera il 25 novembre

Tale analisi dei principi generali, giova notarlo subito, si muove però su di un piano ben diverso da quella 'unità del diritto' che ispirava i contemporanei studi di Meucci: rispetto dei principi generali è per l'Avvocato erariale non la fedeltà al diritto comune, l'ossequio all'unità dei principi giuridici, bensì la disciplina particolare per la natura dello Stato moderno, delle sue esigenze politiche, il rispetto dell'autorità sovrana insottoponibile alle regole privatistiche. L'analisi è quindi condotta considerando, in primo luogo, la specialità della pubblica amministrazione e l'irriducibilità delle relazioni pubblicistiche ai vincoli di diritto comune. Con l'istanza dell'apparato schierato a difesa del 'sacro erario' e del 'contribuente' emerge l'esigenza di una disciplina giuridica specialistica e differenziata, finalmente svincolante il 'soggetto speciale' pubblica amministrazione dalla regolamentazione giuridica civilistica.

Mantellini fa riferimento alla necessità per la scienza del diritto di « desumere la regola del rapporto *civile* con lo Stato e dello Stato » senza la pretesa di racchiudere nel Codice la disciplina di tutti i casi (175). La scienza deve cogliere la peculiarità dello Stato, « la sua natura d'ente politico », insottoponibile, anche quando « assume persona civile », alle semplici regole del Codice perché sempre necessitante « di una regola di conciliazione » (176), di « uno speciale diritto civile », di « un diritto *speciale* », « diritto *singolare* », che, a dire di Mantellini, non è naturalmente da intendere come « privilegio » (177). Ed è proprio la rivendicazione della specialità delle relazioni dello Stato che viene a porsi come tratto distintivo dell'opera.

Se una lunga tradizione dottrinale ha considerato lo Stato irresponsabile per gli atti di imperio quando esso si identificava con la figura del Principe, ciò deve essere valido « a mille doppi nello

del 1876, in *Atti parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Legislatura XIV, 1 sessione, Doc. n. 18).

(175) G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, cit., p. 14. Sull'affermarsi con Mantellini della 'specialità del diritto civile dello Stato' e di una costruzione pubblicistica dei rapporti della pubblica amministrazione si cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981, pp. 51 e ss.. Si cfr. sulla questione ancora *infra* capitolo XI.

(176) *Ibidem*, pp. 14 e 15.

(177) *Ibidem*, pp. 13 e 14.

Stato moderno » (178). Ed anche quando lo Stato-persona 'scende' nel diritto privato possedendo e contraendo « a mo' di privato », occorrerà che « l'ente politico si imponga sempre nella relazione *civile*, o la modifichi sino a renderla compatibile con la sua *qualità pubblica*, che lo Stato non perde mai anche quando possiede, anche quando contratta » (179).

Non solo la responsabilità dello Stato è da rifiutare, quindi, per le 'funzioni sovrane' (180), ma è anche da configurare in termini estremamente ristretti e 'speciali' nelle ipotesi in cui, secondo Mantellini, di una responsabilità dello Stato si può parlare, quando cioè lo Stato possiede e contratta: anche in queste ipotesi infatti « lo Stato usa del diritto privato compatibilmente alla sua natura » (181). Distinguere i diversi aspetti nella 'persona statale' non significa dunque aderire alle tesi di Bonasi che, a dire di Mantellini, peccano di poco rigore nella insufficiente considerazione delle peculiarità dello Stato e nella semplice applicazione del diritto comune alle ipotesi di 'atti di gestione' (182).

L'esigenza di sottrarre lo Stato alle regole del diritto comune

(178) *Ibidem*, p. 39.

(179) *Ibidem*, p. 40. Cfr. anche p. 54: « Per ogni suo rapporto di costituzione e di governo comunque lo intenda e disponga, la Sovranità non può agire verso se stessa, se non con mezzi e per fini politici. Né, a di lei nome, potrebbe l'individuo; dacché sarebbe sempre lo Stato che agirebbe contro lo Stato ». Posizioni analoghe a quelle di Mantellini sono espresse da G. SAREDO, *Lo Stato e la responsabilità degli atti dei pubblici funzionari*, in *La legge*, XXII, 1, 1882, pp. 494 e ss.: « Lo Stato (e mi scusino la ripetizione, troppo necessaria di questa nozione fondamentale), lo Stato, che è il diritto organizzato, non commette, non può commettere violazioni del diritto: a lui, come al Sovrano nella monarchia costituzionale, si applica la regola che 'non può far male': *cannot do wrong*. È una presunzione *iuris et de iure*, imposta dalla natura e dai fini dello Stato ». E ancora, più chiaramente: « se lo Stato-funziionario contrae nei modi stabiliti dalla legge, assume obbligazioni entro i limiti contrattuali: pone in essere bensì rapporti regolati dal Codice civile (...); ma li pone in essere restando sempre lo Stato, e dando a tali rapporti il carattere suo: il quale carattere domina e prevale » (p. 496).

(180) G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, cit., pp. 56 e ss.. Si cfr. in particolare la critica a Laurent (pp. 63 e ss.) ed il breve cenno critico al lavoro di Meucci (nota p. 64).

(181) G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, cit., p. 133.

(182) Cfr., ad esempio, in *ibidem*, pp. 91 e ss.: « Lo Stato si è mescolato sempre nella gestione d'alcuni affari dei cittadini, senza per questo degradarsi, o scendere in *condizione privata* » (p. 96).

condiziona tutta l'analisi sulla responsabilità: non si possono invocare con Sourdat le regole del quasi delitto⁽¹⁸³⁾; non si può con Laurent vedere solo la lesione del diritto senza considerare la 'natura' dell'ente che la pone in essere⁽¹⁸⁴⁾; così come inapplicabile è il riferimento al mandato o il considerare lo Stato un *committente* ai sensi dell'articolo 1153⁽¹⁸⁵⁾; e, ancora, inaccettabili sono le eccezioni di Gabba — riguardo agli agenti della forza pubblica e alla 'gestione interna d'ufficio' — al principio della irresponsabilità⁽¹⁸⁶⁾.

L'affermazione per cui lo Stato può essere responsabile solo allorché assume « relazioni di persona civile » è quindi completamente vanificata nel corso della trattazione da una casistica che è completamente sottratta al diritto comune: è il caso, ad esempio, della responsabilità per i depositi in cancelleria⁽¹⁸⁷⁾, per le riscossioni delle imposte, per i depositi doganali ed i giudizi di contrabbando⁽¹⁸⁸⁾. Le Relazioni annuali ribadivano con forza tale tesi⁽¹⁸⁹⁾ e la magistratura pareva si accodasse in molte sue pronuncie alle richieste dell'Erario; l'Avvocato generale poteva così osservare compiaciuto, commentando alcuni giudicati che accoglievano il principio della irresponsabilità, che « la teoria che declina dallo Stato ogni responsabilità *civile* per gli atti suoi di governo, è teoria che piglia piede ogni giorno »⁽¹⁹⁰⁾. Non esisteva però quella unanimità di consensi che Mantellini tentava di accreditare; anzi, la tesi di estremo favore per la irresponsabilità dello Stato da lui propugnata non mancava di suscitare vive reazioni e nella dottrina e nella stessa giurisprudenza.

⁽¹⁸³⁾ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, cit., p. 155.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 63 e ss. e p. 155.

⁽¹⁸⁵⁾ Per negare la natura giuridica di diritto privato del rapporto giuridico dell'ufficio pubblico si invoca l'autorità di Bluntschli. Cfr. *ibidem* p. 156.

⁽¹⁸⁶⁾ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, cit., pp. 168 e ss..

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. *ibidem*, p. 100. Sul tema si cfr. le annotazioni dello stesso Mantellini a *Corte di Cassazione di Napoli*, 3 febbraio 1876, cit., pp. 349 e ss..

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 114 e ss..

⁽¹⁸⁹⁾ Si cfr. come esempio G. MANTELLINI, *Relazione sulle regie avvocature erariali per l'anno 1880*, p. 33.

⁽¹⁹⁰⁾ G. MANTELLINI, *Relazione sulle regie avvocature erariali per l'anno 1879*, p. 3.

Una durissima critica alle tesi di Mantellini è levata, ad esempio, dalla Corte di Cassazione di Palermo che, minoritaria di fronte alla giurisprudenza delle Cassazioni di Roma, Firenze e Napoli (ed, in parte, anche di quella di Torino) ⁽¹⁹¹⁾, sostiene la responsabilità dello Stato riguardo al discusso tema dei depositi in cancelleria. Mantellini era intervenuto direttamente con una memoria in sostegno di un ricorso della Finanza ⁽¹⁹²⁾, ma la Cassazione palermitana non aveva mutato indirizzo. Anzi, aveva colto tale occasione non solo per confermare i suoi precedenti giudicati, ma anche per esprimere una radicale opposizione alle tesi dell'Avvocato generale ed un'accorta difesa dell'inderogabile unità dei principi stabiliti dal diritto civile.

I riferimenti critici della Corte vanno alle tesi centrali dell'opera di Mantellini — « un lavoro che grandemente illustra l'autore, che (...) difende sì scrupolosamente i diritti della Finanza » —, quelle in particolare secondo cui lo Stato può usare del diritto civile solo « compatibilmente alla sua natura e alle leggi della sua costituzione », quelle per cui « dove sia in lite lo Stato è giuocoforza ricorrere ad altre leggi che non al Codice civile per cercarvi il principio che si addice » ⁽¹⁹³⁾.

« Questo lavoro — scrivono i giudici palermitani — (...), giunge inopportuno in un secolo nel quale tanto si è sofferto e lavorato per fare sparire ogni traccia di privilegio », esso vuole infatti « con principi eccezionali, privilegiati, che si allontanano dal diritto naturale, retrocedere e privilegiare i diritti del fisco, che pur sono scritti nel Codice civile, informato alle sane regole di giustizia e derivanti dall'assunto primo, onde il Codice stesso è ispirato » ⁽¹⁹⁴⁾. Riguardo

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. la puntuale rassegna della giurisprudenza delle varie Cassazioni presentata da C. F. GABBA, (*Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*) Nota a Corte di Cassazione di Torino, 13 aprile 1881, in *Il foro italiano*, VI, 1, 1881, c. 935.

⁽¹⁹²⁾ La memoria presentata da Mantellini alla corte di Palermo può essere letta (con il titolo *Sulla responsabilità civile dello Stato nei depositi fatti ai cancellieri*) in *La Legge*, XIX, 3, 1879, pp. 75 e ss..

⁽¹⁹³⁾ Corte di Cassazione di Palermo, 8 Novembre 1880, in *Il Foro italiano*, V, 1, 1880, (cc. 1105 e ss.) c. 1108.

⁽¹⁹⁴⁾ *Loc. ult. cit.*. Mantellini tornò ripetutamente nelle sue relazioni annuali a criticare la decisione della Cassazione palermitana; cfr. G. MANTELLINI, *Relazione sulle regie avvocature erariali per l'anno 1880*, p. 38; G. MANTELLINI, *Relazione sulle regie avvocature erariali per l'anno 1883*, pp. 27 e ss..

ai cancellieri si dovrà applicare l'articolo 1153 del Codice civile; essendo il cancelliere un 'preposto' dell'amministrazione, questa dovrà rispondere per la sua *culpa in eligendo*, così come « i privati rispondono per quelli che essi scelgono » (195): non esistono infatti, si afferma richiamando l'autorità di Laurent, « due diritti l'uno pei privati, l'altro per lo Stato, non ve n'è che uno, ed è il Codice civile, che ne traccia le regole » (196).

Una reazione ancora più aspra nei confronti della tesi della irresponsabilità, così come era stata sostenuta da Mantellini, venne da Carlo Francesco Gabba. A distanza di sei anni dal suo primo intervento sull'argomento, egli vi fa ritorno sostenendo di non voler modificare le sue tesi nella sostanza, ma semplicemente nel « metodo di dimostrazione » (197). Il principio centrale sostenuto da Gabba resta dunque quello della non responsabilità dello Stato come regola, suscettibile però di eccezioni. Considerando solo questo assunto è difficile però comprendere esattamente la posizione del civilista e la sua indignazione contro le tesi di Mantellini che affermava principi solo lievemente dissimili: Gabba ammetteva qualche eccezione ad una 'regola di irresponsabilità' che Mantellini voleva assoluta. È nelle prospettive generali sottese al « metodo di dimostrazione » che può invece scorgersi una visione del ruolo del diritto e dell'interprete diametralmente opposta a quella di Mantellini; una divergenza radicale che spiega la cruenza dell'attacco del nostro civilista nei confronti dell'Avvocato erariale.

E infatti non di critica, ma di attacco e di attacco cruento occorre parlare: « L'Erario italiano per bocca del suo avvocato » vuole — si scrive — « soffocare ogni discussione sul gravissimo tema » (198), vuole porre termine alla questione della responsabilità dello Stato mostrando una uniformità dottrinale e giurisprudenziale

(195) Corte di Cassazione di Palermo, 8 Novembre 1880, cit., c. 1112.

(196) *Ibidem*, c. 1109. A Laurent si ispira ampiamente anche il procuratore generale nel suo discorso di apertura dell'anno giudiziario del 1881. Cfr. G. DE FALCO, *Della responsabilità delle amministrazioni e singolarmente dello Stato per i fatti dei suoi agenti*, in *La legge*, XXI, 2, 1881, pp. 749 e ss..

(197) C. F. GABBA, (*Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*) Nota a Corte di Cassazione di Torino, 13 aprile 1881, cit., c. 932.

(198) *Ibidem*, cc. 933 e 937.

inesistente; « l'Erario italiano e il suo avvocato » falsano o ignorano contributi dottrinali a favore della responsabilità — « ultimamente Meucci (...), benché senza il permesso dell'Erario e del suo avvocato, propugna su quell'argomento una dottrina più ardita e più larga di ogni altro scrittore » ⁽¹⁹⁹⁾ —, privilegiano le posizioni di alcune Cassazioni ritenendo irrilevante il discordante parere delle altre ⁽²⁰⁰⁾. Il tentativo di accreditare come indiscussa la tesi della piena irresponsabilità si basa, oltre che sulle menzogne, sull'ignoranza dell'Avvocato erariale, ignoranza sostenuta con « dogmatica prosopopea » e condita dalla « confusione del dogmatismo erariale » ⁽²⁰¹⁾. Mantellini ha il torto, inoltre, di richiamare a sostegno della sua tesi Löning; un Autore — insiste Gabba — che « l'avvocato dell'Erario italiano ebbe la disgrazia di non leggere, prima di citarlo » ⁽²⁰²⁾.

⁽¹⁹⁹⁾ *Ibidem*, c. 933

⁽²⁰⁰⁾ *Ibidem*, cc. 935 e 936: « ...le Cassazioni di Roma, di Napoli, e di Firenze sono contrarie alla responsabilità dello Stato pel danno ingiustamente dato dai pubblici funzionari nell'esercizio delle loro politiche attribuzioni, specialmente delle sottrazioni di depositi giudiziali fatte dai cancellieri, e degli abusi degli agenti doganali nella repressione del contrabbando. L'autorità di tali e tante *rerum judicatorum* non è piccola al certo, ma non davvero bastevole a chiudere per sempre la bocca a chi pensi diversamente (...). (...) alle suddette tre Corti di cassazione si oppongono le altre due di Torino e di Palermo. (...) Chi ora vorrà dire che le Cassazioni di Firenze, Roma, Napoli unite insieme, valgono in autorità più di quelle di Torino e di Palermo, per la sola ragione che queste sono due e quelle sono tre? Piuttosto ognuno dice, tranne, s'intende, l'avv. erariale italiano, che di fronte a quella contraddizione, la questione è dubbia, e che *in dubiis libertas* ».

⁽²⁰¹⁾ C. F. GABBA, (*Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*) Nota a Corte di Cassazione di Torino, 13 aprile 1881, cit., c. 934

⁽²⁰²⁾ *Ibidem* c. 936. Il testo di Edgar Löning cui si fa riferimento è *Die Haftung des Staats aus Rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht*, Frankfurt a. M., Osterrieth, 1879. Nel testo, in effetti spesso più citato che realmente conosciuto in Italia, dopo aver fatto il punto sullo situazione della letteratura giuridica tedesca in tema di responsabilità indiretta dello Stato (cfr. soprattutto pp. 1-7) ed esaminato il tema in una prospettiva storica di lungo periodo — cui si ispira ampiamente L. BELLAVITE, *Della responsabilità dello Stato pei danni aventi attinenza causale diretta e indiretta con esso*, in *Atti del reale Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti* (dal novembre 1883 all'ottobre 1884), serie VI, tomo II, 2, Venezia, 1883-1884, pp. 149-217 —, Löning finisce per sostenere (come esattamente scrive Gabba) la tesi della responsabilità indiretta della pubblica amministrazione in relazione alla distinzione tra atti di imperio ed atti di gestione (cfr. pp. 93 e ss.). Non mancano lievi ambiguità nella

Insomma, « la pretesa avvocatesco-erariale italiana, di fare accettare il dogma della assoluta irresponsabilità dello Stato come una verità » è da definire non solo « vana », ma anche « ridicola » (203), degna più di sarcasmo e scherno che di una risposta sul piano scientifico.

Le pagine del *Foro italiano* non passano inosservate. A difendere « l'eminente giureconsulto » e « la sua grande dottrina » interviene un giuspubblicista illustre come Saredo: si deve — scrive — « deplorare vivamente la insolita acrimonia e la inesplicabile violenza con cui il prof. Gabba prende a combattere non le opinioni, ma la persona stessa di uno degli uomini che più nobilmente onorino il nostro Paese » (204).

parte finale che potrebbero, se si vuol essere benevoli, in parte giustificare la lettura — se 'lettura' c'era stata — di questo testo fornita da Mantellini e Saredo.

Il testo di Löning merita però di essere ricordato soprattutto per le pagine in cui, guardando le ambiguità e le arditizie della giurisprudenza, l'Autore nota l'insostenibilità di un obbligo di risarcimento fondato sul solo principio della colpa e fa riferimento al principio della responsabilità per rischio (pp. 89 e ss.). Cfr., su quest'ultimo aspetto, R. MÜLLER ERZBACH, *Gefährdungshaftung und Gefahrtragung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 106 (1910), pp. 309 e ss.; Bd. 109 (1912) pp. 1 e ss. (cfr. in particolare Bd. 106, pp. 347 e ss.); R. OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 127 e ss.. In Italia a richiamarsi in quest'ultima prospettiva a Löning fu soprattutto Giacomo Venezian (cfr. *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Opere giuridiche*, vol. I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, Athenaeum, 1919, pp. 110 e ss.).

(203) C. F. GABBA, (*Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*) Nota a Corte di Cassazione di Torino, 13 aprile 1881, cit., c. 940. Pagine piene di sarcasmo nei confronti di Mantellini si possono ancora leggere in C. F. GABBA, *Abusi dei pubblici funzionari e responsabilità dello Stato*, in *Annuario delle scienze giuridiche sociali e politiche*, III, 1882, pp. 521 e ss..

(204) G. SAREDO, *Lo Stato e la responsabilità degli atti dei pubblici funzionari*, cit., p. 494. « Il Mantellini — continua Saredo —, per ingegno, per dottrina e per carattere, e soprattutto per servizi resi allo Stato, è così altamente collocato nella pubblica estimazione che ispira rispetto anche ai più dichiarati avversari: ché alla Camera, sul suo nome cessano i dissensi... Questo è l'uomo contro il quale il prof. Gabba lancia i suoi più acerbi sarcasmi... ». Saredo non apprezza l'ironia, in compenso abbonda in retorica; si cfr., ancora sullo stesso stile, p. 497: « In tutte queste teorica sulla responsabilità dello Stato, ciò che vedo, e ciò che l'esperienza dimostra, è lo immenso e continuo pericolo cui lo Stato è esposto, e le somme enormi che si tolgono ai contribuenti (...). E quando un eminente giureconsulto porta la sua grande dottrina, la sua intemerata coscienza, il suo zelo indefesso a tutelare le ragioni dello Stato e del contribuente, egli è segnato come un nemico della giustizia; e si ha il dispiacere di vedere uomini egregi come il Gabba

Non è inutile guardare più a fondo alle tesi di Gabba per scorgere il diverso disegno che giustificava tanta 'violenza' ed 'acrimonia' verso « la bocca » dell'Erario italiano. Per far ciò, oltre ai due interventi del 1881 e del 1882 ⁽²⁰⁵⁾, dovremo far cenno anche ad un suo scritto successivo che ha il merito di inserire il controverso punto in questione in una prospettiva più generale che è per noi illuminante ⁽²⁰⁶⁾.

Gabba non si schiera solo contro la tesi della assoluta irresponsabilità dello Stato, bensì anche contro gli argomenti volti a dedurre dal Codice la normativa delle relazioni statuali. In particolare non condivide « l'analogia con il diritto civile » in base a cui si faceva del funzionario un 'commesso'. È inesatto quindi il ragionamento di Sourdat, quello di Meucci e quello di quanti avevano direttamente guardato all'articolo 1384 del *Code civil* ed al 1153 del Codice civile italiano per risolvere la questione della responsabilità indiretta dello Stato per fatto del funzionario: « la preposizione e il rapporto istitorio concernono esclusivamente le relazioni giuridico-economiche fra privati; da queste alle relazioni di diritto pubblico fra privati e Stato per mezzo dei pubblici funzionari non può correre analogia, attesa l'intrinseca diversità di indole e di scopo » ⁽²⁰⁷⁾.

Il tema della responsabilità dello Stato mostra, in realtà, la « vanità e insufficienza, sia del gius pubblico sia del gius priva-

associarsi ad attacchi che dovrebbero lasciarsi ai *rabulae* del foro, intenti solo ad inventar questioni e liti onde sottrarre alle casse dello Stato il frutto del sudore ed anche del sangue dei contribuenti... ».

⁽²⁰⁵⁾ Facciamo riferimento, oltre che all'intervento del 1881 su *Il Foro italiano*, anche a quello del 1882 pubblicato nell'*Annuario delle scienze giuridiche sociali e politiche (Abusi dei pubblici funzionari, cit.)*.

⁽²⁰⁶⁾ C. F. GABBA, *Prolusione al corso di diritto civile. Anno scolastico 1887-1888*, in *Archivio giuridico*, XXXIX, 1887, pp. 517 e ss..

⁽²⁰⁷⁾ C. F. GABBA, *Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*, cit., c. 949. Ancora più chiaro sul punto è l'intervento del 1882, cfr. C. F. GABBA, *Abusi dei pubblici funzionari e responsabilità dello Stato*, cit., p. 529: « ...non è possibile in nessun caso ridurre la questione (...) ai soli meri termini del diritto privato, e per questa ragione partecipa della medesima irrazionalità, e rimane altresì vano espediente quello immaginato a tal fine, di scindere in parti lo Stato, per scoprirvene una a cui applicare tal quali i principi del diritto privato ».

to » (208); in tale situazione quello che occorre non è uno sterile appagamento nelle teorie e nei confini già dati, ma uno sforzo creativo che permetta di completare « la giurisprudenza con la scienza » (209). Se la scienza non può richiamare direttamente il Codice per affermare la responsabilità dello Stato, può però ricavare dai principi di « diritto civile universale » (210) un « concetto di diritto razionale » (211). Affrontando l'indole particolare del rapporto fra lo Stato ed i privati, il giurista deve dal 'gius pubblico' ricavare la irresponsabilità dello Stato per il fatto dei suoi funzionari (212), ma deve anche desumere dal 'diritto razionale', dalle « generalissime esigenze della vita dell'uomo e della società », i principi volti a limitare tale irresponsabilità e a stabilire delle eccezioni (213). Nel ricavare questi principi egli affronterà « le relazioni giuridico-private tra lo Stato e cittadini », quella parte cioè del « gius civile (...) trascurata e mancante quasi del tutto nella legislazione e nella giurisprudenza, e impossibile a dedursi dai comuni canoni del diritto privato, consegnate nei Codici civili » (214). Un 'diritto privato' insomma più ampio che l'interprete dovrà 'scoprire' utilizzando la facoltà attribuitagli dall'articolo 3 delle disposizioni preliminari al Codice civile, « onde completare una grave e incomparabile lacuna dell'odierno diritto civile italiano » (215).

(208) C. F. GABBA, *Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*, cit., c. 954.

(209) *Ibidem*, c. 964.

(210) *Ibidem*, c. 949.

(211) C. F. GABBA, *Abusi dei pubblici funzionari e responsabilità dello Stato*, cit., p. 538.

(212) Cfr. C. F. GABBA, *Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*, cit., cc. 955 e ss.; C.F. GABBA, *Abusi dei pubblici funzionari e responsabilità dello Stato*, cit., p. 532.

(213) C. F. GABBA, *Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*, cit., cc. 959 e ss.; cfr, anche C. F. GABBA, *Abusi dei pubblici funzionari e responsabilità dello Stato*, cit., pp. 533 e ss..

(214) C. F. GABBA, *Abusi dei pubblici funzionari e responsabilità dello Stato*, cit., p. 538.

(215) *Loc. ult. cit.*; C. F. GABBA, *Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*, cit., c. 964.

Il Codice, insomma, è inapplicabile analogicamente alle nuove relazioni di diritto civile: configurare infatti, in base a un Codice pensato per le relazioni economiche tra i singoli, la responsabilità dello Stato è operazione dogmaticamente inaccettabile. Non per questo però si deve restringere l'orbita del 'gius civile' e teorizzare un'assoluta sottrazione dello Stato dai suoi principi: la questione deve essere affrontata modificando i confini della concezione del diritto civile e superando le barriere codicistiche. Se le maglie del Codice sono troppo strette, se il suo dettato è chiaramente insufficiente alle nuove esigenze, l'interprete può e deve — utilizzando l'articolo 3 delle preleggi e i principi di 'gius civile razionale' ⁽²¹⁶⁾ — superare tali limiti: siamo infatti di fronte a relazioni 'civili' su cui il Codice tace e che sono tutte da 'inventare', da 'creare'.

Malgrado quindi l'affermazione, 'in principio', della irresponsabilità dello Stato, e quella della sua sottrazione al Codice, il motivo ispiratore dell'intervento di Gabba è quello di un 'allargamento dell'orbita' del diritto civile; un disegno affidato non ad una statica fede nelle certezze fissate una volta per tutte nel Codice, ma ad una progressiva ricostituzione dei confini del diritto privato ad opera della scienza e della giurisprudenza. Ottica diametralmente opposta a quella della sottrazione della 'specialità' amministrativa dal diritto comune.

Mantellini, in quella sorta di suo testamento giuridico-politico che è la sua ultima Relazione sulle avvocature erariali, individuava proprio nella « giurisprudenza progressiva » il pericolo di 'uno stravolgimento' del tema della responsabilità dello Stato. Richiamando alcune interpretazioni giurisprudenziali, a suo giudizio ardite, in tema di responsabilità, l'Avvocato dello Stato manifesta un timore profondo nei confronti di una giurisprudenza pronta a « innalzarsi sopra la legge » e « a turbare più che mai il problema delle civili responsabilità dello Stato » ⁽²¹⁷⁾. Non si può ignorare — afferma — che in un regime parlamentare « il progresso » deve essere affidato alla « libera discussione delle leggi » e non invece all'opera della giurisprudenza « il cui ufficio è di applicare la legge

⁽²¹⁶⁾ Cfr. C. F. GABBA, *Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni*, cit., c. 964.

⁽²¹⁷⁾ G. MANTELLINI, *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1883*, cit., p. 7.

qual è» (218). I giudizi di responsabilità non possono risolversi quindi decidendo i singoli casi con una 'legge' inventata dal giudice, confondendo «la ragione del pubblico diritto con la ragione del diritto privato», vedendo nello Stato solo «l'*azienda*» e non «la costituzione del popolo, o la politica associazione costituita» (219). Il ferreo legalismo di Mantellini era il necessario presupposto della assoluta insottoponibilità dello Stato alle regole civilistiche della responsabilità civile.

La proposta di Gabba si muoveva su di un terreno ben diverso, cercando di essere al tempo stesso conforme alle esigenze del 'gius pubblico' e innovativa dei confini del diritto civile, condannato altrimenti a passare da regola generale delle relazioni tra privati ad ipotesi meramente residuale delle nuove relazioni sociali in espansione.

Il discorso estremamente confuso del 1875, precisato negli scritti del 1881 e 1882, diviene lineare e più ampio nella prolusione pisana al corso di diritto civile per l'anno 1887/1888. È l'approdo di Gabba, dopo anni di insegnamento di Filosofia del diritto, alla cattedra di diritto civile e l'esordio è ambizioso: si intende delineare infatti 'l'area' del concetto di diritto civile e proporre un piano per la trattazione sistematica della materia (220). Le riflessioni sulla responsabilità dello Stato giocano un ruolo fondamentale nel delinearsi della proposta; non a caso in più punti, quando il riferimento a casi particolari si fa esplicito, si richiamano proprio le ipotesi in discussione anni prima.

Il concetto di diritto privato non deve desumersi «dall'indole delle persone fra le quali di preferenza intercede» (221): l'orbita del diritto privato deve essere più ampia, deve allargarsi oltre le relazioni tracciate nel Codice e pensate per le relazioni patrimoniali tra i

(218) *Ibidem*, pp. 7 e 8. «E — aggiungeva — forse fra noi se la legislazione è meno progressiva di quello che potrebbe, la giurisprudenza lo è più di quanto esser dovrebbe».

(219) G. MANTELLINI, *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1883*, cit., pp. 27 e ss..

(220) Cfr. C. F. GABBA, *Prolusione al corso di diritto civile*, cit.. Si cfr. quanto scrive su Gabba, in particolare riferimento a questo scritto, P. GROSSI, «*La scienza del diritto privato*», cit., pp. 46 e ss..

(221) C. F. GABBA, *Prolusione al corso di diritto civile*, cit., p. 521.

singoli, sino a « riputare diritti privati tutte le pretensioni, dalle leggi riconosciute, e in queste radicate a umana utilità », e ciò « in confronto di chicchessia », anche quindi per « atti e fatti » non appartenenti alla vita dei privati ma « propri, o politici, dello Stato o di altre pubbliche persone » (222). La « utilità umana per eccellenza » è il « patrimonio »; agisce sempre in una sfera privatistica la persona che « fa valere », « vuole rispettata e ristabilita la sua integrità » nei confronti di chiunque. Le conseguenze di tale premessa sono di estremo rilievo per il civilista: « noi possiamo e dobbiamo andare in traccia dei privati diritti in tutti quanti i campi del vivere sociale, in tutte quante le sfere dell'ordine giuridico. Non nel solo Codice civile, né soltanto nella cerchia delle relazioni di diritto e di obbligo fra private persone, si ritrovano i materiali dei nostri studi » (223). Non è quindi permesso al civilista « lo escludere dal campo del gius civile le relazioni giuridico-private nascenti da relazioni di diritto pubblico fra gli individui e lo Stato od altre pubbliche persone. Codesta esclusione sarebbe una vera mutilazione del gran corpo del gius civile » (224).

Eccoci giunti quindi alle stesse preoccupazioni presenti negli scritti di pochi anni prima sulla responsabilità dello Stato ed al punto centrale del discorso: occorre affrontare lo studio degli istituti superando il concetto dato nel Codice per impedire che i civilisti siano esclusi dall'analisi di una realtà sociale nuova, per impedire « mutilazioni del gran corpo del gius civile ». La realtà è insomma mutata ed il civilista non può arrestarsi a « iscornere diritti privati » solo nelle « relazioni di indole privata, anziché rintracciarli dovunque li fanno sorgere e li collocano le supreme ragioni della giustizia » (225).

È significativo che Gabba specifichi a questo punto il suo discorso proprio in riferimento al nostro argomento: « Gli stessi ripetuti tentativi, quasi sempre vani, della nostra giurisprudenza in questi ultimi anni, onde appagare le esigenze della giustizia universale nel grave argomento della responsabilità civile dello Stato per

(222) *Ibidem*, p. 525.

(223) *Ibidem*, p. 527.

(224) *Ibidem*, p. 528.

(225) *Ibidem*, p. 529.

titolo di danno dato ai cittadini da funzionari pubblici nell'esercizio delle loro attribuzioni, sono in qualche modo una pratica riprova della necessità di dare al concetto di diritto civile quella maggiore ampiezza, che io vado propugnando » (226).

Occorre quindi un concetto di diritto civile « allargato e disteso » in « una grande orbita », un settore ampio da cui continuare ad attingere « quella universale giustizia, che tanto ai diritti fra privati presiede, quanto a quelli tra privati e Stato » (227). Sia la critica all'insufficienza del Codice, sia l'esigenza di un sistema « che risponde in pari tempo alla realtà delle cose e alla ragione » (228) si delineano come soluzione ad interrogativi che da anni gravavano la ricerca del Nostro civilista. Scoperta del diritto civile oltre i confini del Codice e sistema vengono a porsi come gli elementi teorici indispensabili per superare la sempre più grave crisi di comprensione della nuova realtà da parte della civilistica, una crisi avente il suo epifenomeno nelle lacerazioni dell'istituto della responsabilità. La soluzione per Gabba non sta nel mutilare il diritto civile, ma in un rinvigorimento e ampliamento dei suoi principi, sta nell'abbandono delle certezze legalistiche del Codice, nell'attenzione continua per i nuovi volti del diritto dei privati.

La disputa tra Mantellini e Gabba, « dei regalisti (o più veramente degli autoritari) e dei civilisti » (229), lungi dall'aver chiarito la questione aveva solo mostrato gli schieramenti e la confusione presente in campo. Il conflitto teorico diveniva tanto più cruento, quanto più mostrava, partendo dai casi 'speciali' in questione la incapacità della normativa di diritto comune a disciplinare i settori in maggiore espansione e la difficoltà di contenere entro il quadro tradizionale dell'istituto della responsabilità le varie ipotesi particolari. A prevalere è un senso di incertezza e la proposizione di soluzioni parziali, sfuggenti da un inquadramento complessivo dei problemi. Di tale tendenza mediatrice si fecero portavoce anche personaggi illustri, come ad esempio Luigi Bellavite, romanista

(226) *Ibidem*, p. 530.

(227) *Loc. ult. cit.*

(228) *Ibidem*, p. 536. Riguardo alle critiche di Gabba al Codice si cfr. quanto scrive P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 46 e ss..

(229) Così L. BELLAVITE, *Della responsabilità dello Stato*, cit., p. 152.

accorto e civilista sensibile, che in una sua ricostruzione attenta e spesso puntigliosa della questione si limitò a proporre in modo scialbo di « contemperare fra loro » le opposte tendenze ⁽²³⁰⁾.

Lo Stato — questa è la proposta di Bellavite — dovrà rispondere per i danni sofferti dai privati a causa di sue misure legittime ⁽²³¹⁾, ma non potrà per principio configurarsi responsabile « per riflesso » in seguito agli atti illeciti commessi dai suoi rappresentanti ⁽²³²⁾: « del danno commesso per gli atti illegali di un'autorità non si può chiedere il risarcimento che all'impiegato, e che però in caso di sua insolvenza la jattura è irreparabile » ⁽²³³⁾. Un principio quest'ultimo, si affretta ad aggiungere, cui dovranno essere apportate eccezioni: occorre sancire con una « legge speciale » ⁽²³⁴⁾ la responsabilità civile dello Stato per i danni arrecati dal potere giudiziario, poiché i suoi poteri « mettono in sua balia la libertà e la sostanza dei privati » ⁽²³⁵⁾. Si tratta di ipotesi *de jure condendo*, di eccezioni da ottenersi mediante leggi speciali: il tenore della propo-

⁽²³⁰⁾ Lo scritto, pubblicazione di una lettura tenuta da Bellavite (1821-1885) preso il Regio Istituto Veneto è, come abbiamo visto, del 1884 e costituisce la sua ultima produzione scientifica. Un sintetico riferimento allo studio può leggersi in V. POLACCO, *Luigi Bellavite* (Commemorazione dettata in Padova nel settembre 1885), ora in V. POLACCO, *Opere minori*, Parte II, *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850*, fascicolo 1°, Modena, Università degli studi, 1929, (pp. 39 e ss.) p. 57 e ss..

⁽²³¹⁾ L. BELLAVITE, *Della responsabilità dello Stato*, cit., pp. 175 e ss.: «...lo svolgersi del diritto di espropriazione *in genere* (cioè la privazione o la limitazione di ogni specie di diritti privati) onde l'esercizio è promosso dai bisogni sociali, i quali vanno ogni di più moltiplicandosi, deve camminare di pari passo collo svolgimento della proprietà individuale, cioè coll'affermarsi dell'individuo di contro allo Stato ». Il privato deve sempre ottenere « in denaro l'equivalente di ciò che viene a perdere in causa dell'azione legale dello Stato »: « Che ciò avvenga è richiesto dalla legge dell'uguaglianza, la quale importa che gli oneri derivanti dalla vita sociale gravino, per quanto è possibile, ugualmente su tutti ».

⁽²³²⁾ L. BELLAVITE, *Della responsabilità dello Stato*, cit., pp. 181 e ss..

⁽²³³⁾ *Ibidem*, p. 197.

⁽²³⁴⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 198 e ss..

⁽²³⁵⁾ *Ibidem*, p. 199. Bellavite si augurava anche una modificazione dell'articolo 783 del Codice di procedura civile (stabiliva che le autorità giudiziarie e gli ufficiali del pubblico ministero erano civilmente responsabili solo quando nell'esercizio delle loro funzioni fossero imputabili di dolo, frodo, o concussione): « farei voto che la responsabilità fosse estesa al caso che la sentenza ingiusta siasi originata nel giudice da colpa grave » (p. 216).

sta è diverso nei contenuti da quanto animava le ricostruzioni tenacemente unitarie di un Meucci o di un Gabba che pur muoveva da una simile impostazione tra regola ed eccezione.

Il tema della responsabilità si divideva: si ipotizzavano sempre più soluzioni parziali, non più desumibili da una incondizionata unitarietà di principi. Ed è proprio il contrasto tra unità e frammentazione, tra unicità del diritto comune uguale e pluralità di diritti per le nuove situazioni, il più evidente segno che il mutamento sociale ed istituzionale degli anni Settanta e Ottanta imprime nelle ricostruzioni scientifiche del nostro istituto; un contrasto che, come vedremo, costituirà in tema di responsabilità aquiliana il nodo gordiano della scienza giuridica nei decenni successivi.

Seguiremo nelle pagine seguenti le ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali lungo le varie linee direttrici emerse dalle dispute di questi anni. Guarderemo dapprima ai tentativi sistematici, unitari, miranti a ricondurre ogni nuova ipotesi di responsabilità ai principi di diritto civile, del diritto comune civilistico: è la linea, ad esempio, abbozzata da Sainctelette e presente in Gabba. Seguiremo poi — nella terza parte del lavoro — le soluzioni frammentarie, parziali, fornite al tema della responsabilità civile: un discorso che necessariamente dovrà incrociarsi con le prime vittorie delle risposte 'particolari' del legislatore e con l'affermarsi di configurazioni della responsabilità da parte di discipline giuridiche che guardavano ai propri istituti come svincolati, autonomi, da quelli del diritto comune.

CAPITOLO QUINTO
GIAN PIETRO CHIRONI E IL DIRITTO
COMUNE CIVILISTICO

1. Un sistema per la colpa. — 2. *Culpa levissima* ed infortuni sul lavoro. — 3. Il modello della rappresentanza: responsabilità per il fatto altrui e responsabilità dello Stato. — 4. « Responsabilità vera » e « garanzia ».

1. *Un sistema per la colpa.*

Il tema della responsabilità civile si lega nel tardo Ottocento italiano soprattutto al nome di un giurista sardo, professore di diritto civile nell'Università di Siena (dal 1881) e nell'Università di Torino dal 1885 al 1918, studioso attento a quanto si muoveva al di là degli steccati del giuridico, ma ben convinto dell'imprescindibile autonomia tecnica degli arnesi del suo mestiere; il nome è ben noto ed è quello di Gian Pietro Chironi ⁽¹⁾. È a lui che si deve una poderosa e fortunatissima trattazione sulla colpa contrattuale ed aquiliana: opera tra le più citate e diffuse della civilistica italiana tra Otto e Novecento, 'monografia-manifesto' della civilistica neoterica.

Giova indicare preliminarmente alcune date: il primo volume del lavoro su *La colpa nel diritto civile odierno*, dedicato alla colpa contrattuale — ed a cui erano premesse le brevi ma note pagine « Del libro e del metodo » — è del 1884; la seconda parte relativa alla colpa aquiliana compare, in due volumi, nel 1886/7; dieci anni

⁽¹⁾ Su Gian Pietro Chironi (Nuoro, 1855 — Torino, 1918) cfr. M. CARVALE, *Chironi, Gian Pietro*, in *Dizionario biografico degli italiani*, XXV, Roma, Soc. Grafica Romana, 1981, pp. 46 e ss.; P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 31 e ss.. Tra gli scritti non recenti è utile confrontare soprattutto F. VASSALLI, *Giampietro Chironi* (Orazione commemorativa pronunciata nell'aula magna della R. Università di Torino, il 4 dicembre 1927), in *Studi giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 365 e ss..

dopo, nel 1897, si stampa, sempre presso l'editore Bocca di Torino, una seconda edizione « interamente rifatta » della colpa contrattuale, cui fanno seguito nel 1903 e nel 1906 gli altri due volumi dedicati alla colpa extracontrattuale ⁽²⁾. Un arco temporale che si snoda dunque lungo ventidue anni, ma che sostanzialmente si concentra in due momenti cruciali: il primo, nel pieno della 'crisi' degli anni Ottanta; il secondo, tra la fine e gli inizi del secolo, in anni di nuovi rivolgimenti dottrinali e giurisprudenziali ed a ridosso della legge del 1898 sugli infortuni sul lavoro. L'impianto dell'opera subisce nella seconda edizione adeguamenti specifici alla situazione e alla normativa di fine secolo, ma si conserva nella sostanza fondato sulle stesse idee portanti della prima edizione.

La pedante precisazione ci serve per dire che, nonostante l'accennata dislocazione temporale, il lavoro di Chironi deve essere collocato nel clima e nelle preoccupazioni degli anni Ottanta: in questi anni si delinea infatti il disegno e l'impianto complessivo dell'opera, dai dibattiti degli anni Ottanta trae spunto l'Autore per individuare i punti cardine dell'istituto, costruiti soprattutto col fine di ricondurre i disgreganti temi degli infortuni sul lavoro e della responsabilità della pubblica amministrazione entro il quadro teorico della responsabilità del diritto comune civilistico. Il disegno resterà invariato nel corso degli anni; non mancarono certo alcuni ripensamenti, ma essi mostrano — come vedremo — più che una rielaborazione del sistema di fronte ai mutamenti di fine secolo, un disperato quanto contraddittorio tentativo di difesa delle linee tracciate nel decennio precedente.

Al clima culturale degli inizi degli anni Ottanta occorre guardare quindi per comprendere i motivi ispiratori dello scritto. Chironi può senza dubbio collocarsi tra quanti si accostavano in quegli anni al diritto civile con tanta più passione, quanto più cresceva la loro insoddisfazione nello scorgere il divario ampio esistente tra l'inter-

⁽²⁾ G. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, Bocca, 1884; la 2^a edizione interamente rifatta è del 1897 [citata d'ora in poi come *Colpa contrattuale*]; G. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale (Aquiliana)*, Torino, Bocca, vol. I, 1886; vol. II, 1887; i due volumi della seconda edizione interamente rifatta furono pubblicati nel 1903 e nel 1906: dal titolo venne eliminato il termine tra parentesi « aquiliana » [citata d'ora in poi come *Colpa aquiliana*].

pretazione esegetica della normativa del Codice e la nuova realtà sociale. Il giurista sardo vive appieno la crisi di comprensione della civilistica di cui discorrevamo sopra ed i suoi primi scritti ben testimoniano quello che senza retorica è stato definito come il « travaglio della dottrina civilistica italiana donde questa dovea conseguire il superamento di se stessa » (3).

È sufficiente scorrere gli scritti chironiani di questi anni per rendersene conto: all'esigenza di nuovi studi, di nuove metodologie, fondanti una « parte generale » del diritto civile — « che è il lavoro più serio e più difficile cui possa un giurista accingersi » (4) —, si affianca la vivissima percezione dell'aridità delle interpretazioni civilistiche dominanti, rinserranti il diritto in « un assoluto senza vita » (5). Il giovane Chironi dichiara programmaticamente che, lungi dall'imbrigliare la sua analisi nel « congegno di una formula » che « non può né deve prevalere all'evoluzione feconda delle idee », mirerà a scorgere « il fine della legge: chiesto alla sua storia e inteso secondo le condizioni sociali del momento in cui la norma deve mostrarsi come realtà vivente » (6); riflessioni cui si accompagnano caute aperture verso l'evoluzionismo positivistico e la sociologia (7). Il nostro giurista è personaggio lontano dagli entusiasmi organicistici e sociologici di Vadala-Papale, del giovane Cogliolo, di Cimbali, e le sue aperture, oltre che caute, sono tiepide e ambigue: occorre sempre — precisa — tener presenti le differenze tra l'organismo individuale e quello sociale (8); il diritto civile non è « qualcosa di

(3) F. VASSALLI, *Giampietro Chironi*, cit., p. 371.

(4) G. P. CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione* (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella R. Università di Siena il 17 gennaio 1882), ora in *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, *Parte generale*, Torino, Bocca, 1913, (pp. 32 e ss.) p. 47.

(5) *Ibidem*, p. 35.

(6) *Ibidem*, p. 48.

(7) G. P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto*, cit.. Si può confrontare anche la pagina introduttiva di Chironi al volume di G. D' AGUANNO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico sociali con applicazioni pratiche al Codice vigente*, Torino, Bocca, 1890.

(8) G. P. CHIRONI, *Sociologia e diritto civile* (Prolusione al Corso di Diritto Civile nella Regia Università di Torino detta il 25 novembre 1885), Torino, Bocca, 1886, p. 14. Cfr. ancora sul punto G. P. CHIRONI, *L'individualismo e la funzione sociale* (Discorso inaugurale dell'anno universitario torinese 1898/1899), ora in *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, cit., (pp. 21 e ss.) pp. 25 e ss..

monumentale posto al di fuori della vita sociale » (9) e si devono certo modificare le normative ispirate al diritto romano e insufficienti per le nuove esigenze sociali; ma non si deve dimenticare — aggiunge — « che vi hanno nel diritto principii adattantisi a qualunque tempo, a qualunque condizione » (10), che le critiche raramente possono essere rivolte al diritto romano ed al Codice, che spesso « il difetto non è nella legge ma nella giurisprudenza » (11), che dalla stessa lezione positivistica della « necessità della corrispondenza fra atto legislativo e condizione sociale del momento » non si deve trarre la richiesta di una modificazione continua degli istituti del Codice, bensì il diverso insegnamento che « la società non è un meccanismo che il legislatore possa regolare a suo arbitrio » (12).

Formulazioni ambigue, dunque; e tanto più ambigue in anni che esigevano nette 'professioni di fede' da porre come punto fermo per la costruzione delle nuove teorie (13). Chironi oscilla invece tra critica al Codice, esigenza di superarne i confini — utilizzando anche i modelli sociologici e ampliando la ricerca storica e comparativistica (14) — e rigorosa difesa dei principi giuridici tradizionali, da conservare immutati nella loro purezza e da preservare da ogni contaminazione con il sociale. Il Chironi più autentico resta comunque il giurista, il 'puro civilista', che tiene a verificare il clamore di tanti discorsi innovatori nelle tecniche: non a caso l'aspetto che più lo interessa nel convulso dibattito dei primi anni Ottanta è quello riguardante il metodo e la costruzione di una 'parte generale' del diritto civile; e non a caso è lui, primo tra i neoterici, ad applicare

(9) G. P. CHIRONI, *Sociologia e diritto civile*, cit., p. 13.

(10) *Ibidem*, p. 13.

(11) *Ibidem*, p. 13. Un caso in cui « il difetto non è nella legge ma nella giurisprudenza che l'applica » è quello della responsabilità dello Stato « al quale si volle creare una posizione privilegiata di fronte al diritto: parendo contraddittorio il dire che potesse violare la legge chi ha il potere di darla e di applicarla, gli venne attribuita la infallibilità giuridica, quasi che non fosse verità generale non esservi diritto dove manchi il concetto di responsabilità ». Sul punto si cfr. più ampiamente *infra* V. 3.

(12) G. P. CHIRONI, *Sociologia e diritto civile*, cit., p. 11; cfr. anche p. 16.

(13) Riguardo alle « ambiguità di Chironi » è utile confrontare quanto scrive P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 31 e ss..

(14) Cfr. G.P.CHIRONI, *Sociologia e diritto civile*, cit., pp. 16 e ss..

praticamente, a 'sperimentare', le nuove metodologie in riferimento allo studio di un istituto.

La prefazione al primo volume de *La colpa nel diritto civile odierno* è un ritratto fedele del personaggio e delle tematiche che più lo avevano impressionato: in linea con il rinnovato vigore presente negli studi romanistici, propone un ritorno allo studio delle fonti romane (15) e l'allontanamento dalla « scuola francese » (16); indica nella sostituzione di criteri più ampi e comprensivi di quelli proposti dai 'commentatori d'oltralpe' il compito della rinnovata scienza giuridica (17). È in particolare su quest'ultimo aspetto che insiste: la scienza giuridica deve trovare un suo sistema; deve, in piena autonomia dalle esigenze dei 'pratici', costruire il diritto civile guardando al Codice « non per i bisogni del foro, ma in se stesso, nei suoi principii » (18); deve insomma cercare il diritto civile « indipendentemente da ogni applicazione pratica » (19) per avere finalmente una « scienza del diritto civile », una « teoria del diritto civile » (20).

La richiesta, contro le esigenze della pratica, di una scuola giuridica nazionale capace di studiare « la scienza per la scienza » (21) non mancò di attirare strali polemici sull'Autore (22) che si sentì in dovere di fornire una sorta di ritrattazione nella presentazione della seconda edizione, attenuando ogni accenno critico nei

(15) G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 1ª ed., pp. VI e ss. (*Del libro e del metodo*).

(16) *Ibidem*, p. VIII: allontanamento, non « bando assoluto » dalla « pratica » dei francesi. Un'esigenza ribadita qualche anno dopo da Vincenzo Simoncelli: bisogna « accogliere la ricchezza della letteratura esegetica francese per costruire la teoria. Parlare di una interpretazione prettamente italiana, come da taluno si è fatto, significa sconoscere la storia del nostro diritto, che dal francese deriva e col francese, in massima parte si spiega »; V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile* (Discorso letto, per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889-1890, nell'Università di Camerino, il 17 novembre 1889), ora in *Scritti giuridici*, Roma, tip. S.E.F.I., 1938, vol. I, (pp. 415 e ss) p. 423.

(17) G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 1ª ed., pp. VIII e ss..

(18) *Ibidem*, p. VIII.

(19) *Ibidem*, p. X.

(20) *Ivi*.

(21) *Ivi*.

(22) Cfr. la recensione al volume di Chironi comparsa, a firma di L. LANDUCCI, nell'*Archivio Giuridico* (XXXIV, 1, 1885, pp. 86 e ss.); B. DUSI, *L'opera scientifica di Giacomo Venezian e di Gian Pietro Chironi*, in *Rivista del diritto commerciale*, XX, 1 (1922), (pp. 1 e ss.) pp. 22 e ss.; F. VASSALLI, *Giampietro Chironi*, cit., p. 374.

confronti della 'pratica giudiziaria', « formazione lenta » e « vita del diritto » (23).

Più che come totale disattenzione nei confronti della pratica, le dichiarazioni di Chironi 'per la teoria' esprimono una precisa esigenza sottesa alla richiesta del sistema: quella di rivitalizzare la scienza giuridica e le sue capacità interpretative, resa tanto più forte dalla consapevolezza dell'impossibilità di dominare i mutamenti sociali in atto con 'commenti pratici', con una sterminata casistica senza sintesi, munita di una parte teorica solo approssimativa. La ricerca di una 'scienza giuridica nazionale' mira a ridefinire il ruolo del giurista, a saggiare la tenuta dei suoi strumenti di lavoro e a verificare i fondamentali principi civilistici nella nuova realtà. Da tali esigenze muove anche lo studio sulla colpa: si vuole, contro la confusione dei pratici, misurare la teoria ed il metodo della 'nuova scienza giuridica', la costruzione scientifica dei principi civilistici con il divenire dei problemi sociali. La posta in gioco è la capacità della scienza giuridica di far fronte alle crescenti trasformazioni sociali; è, più in generale, la capacità stessa del diritto privato uguale di porsi ancora come diritto generale, comune, fondato su principi certi ed indiscutibili su cui poter fondare il discorso della scienza. Non è solo lo stretto contatto tra esegesi e pratica a condannare 'il foro', ma è l'ampiezza del progetto di cui la nuova civilistica deve farsi carico, è l'impossibilità di scorgere, seguendo le multiformi esigenze del caso pratico, l'ancora valida generalità, uniformità, 'limpidezza' del principio giuridico che solo la scienza può mostrare e che, nella nuova situazione, solo la scienza può rivalorizzare. Solo in quest'ottica l'enfatica invocazione di Chironi della 'scienza per la scienza' acquista significato e dà senso alla successiva analisi dell'istituto.

La scelta del tema della colpa è il miglior banco di prova per l'applicazione delle nuove idee sul metodo (24), per edificare il sistema e per definire il compito della scienza giuridica e dei principi del diritto comune. Abbiamo visto come il dibattito giuridico tra gli anni Settanta e Ottanta evidenziasse a pieno la crisi delle linee

(23) G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2ª ed., p. VI.

(24) Nota l'opportunità della scelta Vittorio Polacco in una breve recensione al primo volume dell'opera di Chironi comparsa nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (III, 8, agosto 1885, p. 231).

tradizionali della responsabilità civile che pareva lacerarsi all'inseguimento di una realtà sociale sempre meno ricomponibile entro un quadro unitario. Lo studio di Chironi vuole essere una rilettura attenta dell'istituto ad opera della nuova civilistica: il fine dichiarato è quello di impedire uno sgretolamento dei principi civilistici e di ribadire la loro permanente validità pur nella mutata situazione.

Poche idee chiave sorreggono il lavoro: l'entità giuridica unitaria della colpa contrattuale ed extracontrattuale; la « differenza » da individuare soprattutto nella graduazione, infatti nel caso della responsabilità aquiliana occorrerà considerare qualunque colpa — tutti i 'tre gradi' di colpa — ricomprendendo, dunque, anche la *culpa levissima*; la non proporzionalità del risarcimento al 'grado' di colpa; l'assunzione della colpa imputabile a momento indispensabile nella ricostruzione della responsabilità (25); e, infine, quale motivo ispiratore di tutta la ricostruzione, il tema della centralità del diritto civile quale diritto comune generale a fronte degli emergenti particolarismi. I temi, come si vede, non sono nuovi e gli elementi su cui edificare il tanto invocato sistema non paiono rivoluzionare, né invero distaccarsi, dalla tradizione esegetica e dalla sua consolidata casistica: non era, del resto, il capovolgimento dei principi tradizionali l'obiettivo che l'Autore si proponeva. Egli voleva, al contrario, ribadire e consolidare il principio 'nessuna responsabilità senza colpa': l'immissione del vino dei vecchi principi nel nuovo otre del sistema mirava soprattutto a purificare le ambiguità teoriche e le fragilità ricostruttive della precedente letteratura.

Consideriamo, ad esempio, la ricostruzione degli elementi costitutivi dei 'delitti e quasi delitti' (26). La letteratura esegetica insegnava che essi erano quattro: a) fatto dannoso; b) fatto illecito; c) fatto imputabile; d) colpa. Tali elementi si devono, per Chironi,

(25) Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 1^a ed., pp. XIII e 5 e ss.; 2^a ed., soprattutto pp. 29 e ss.. Una lucida sintesi critica del primo volume dell'opera di Chironi è offerta da E. VIDARI in una recensione comparsa in *Il Filangieri*, XII, 1887, pp. 442 e ss.. Per un inquadramento delle tesi di Chironi in riferimento anche al dibattito civilistico nel periodo qui non considerato è sufficiente rinviare ai cenni presenti in R. SCOGNAMILGIO, *Responsabilità civile*, in *Novissimo digesto italiano*, XV, 1957, pp. 670 e ss.; e in ID, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *ibidem*, pp. 670 e ss..

(26) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, pp. 40 e ss.; 2^a ed., vol. I, pp. 78 e ss..

« senza tema di dare in inesattezza ed ambiguità, ridurre a due: fatto illecito e colpa » (27). Il riferimento al fatto illecito, all'*iniuria*, rende infatti inutile, a dire del nostro giurista, ogni espresso richiamo al danno; mentre la colpa, quale omissione di diligenza (28), tiene conto anche della imputabilità dell'agente. Le argomentazioni sul primo aspetto, quello della esclusione del danno da elemento costitutivo della responsabilità civile, ci confermano quanto dicevamo sopra.

L'elemento del danno — si osserva — è ricompreso nella violazione del diritto; il danno concerne l'effetto dell'obbligazione ed è evidente che il diritto al risarcimento esisterà solo in presenza del danno, da ciò però non si può desumere che esso sia elemento costitutivo del delitto e del quasi delitto (29). Il motivo dell'esclusione diviene più chiaro solo qualche pagina avanti: l'obiettivo è quello di screditare la giurisprudenza che « soffermandosi sull'elemento del *danno*, trascura l'elemento della *colpa*, mentre le ricerche su esso dovrebbero considerarsi come principali » (30). Nella seconda edizione l'esclusione del danno è confermata; anzi, a distanza di sedici anni ed in presenza di tesi dottrinali sulla responsabilità oggettiva, la difesa della centralità del principio della colpa assume maggior vigore: « l'intensificarsi del movimento industriale moderno » — si aggiunge al brano testè citato e riprodotto invariato — non può spingere a mutare la figura della responsabilità (31), perché altrimenti col fine di « spiegare un caso speciale di pretesa responsabilità (...) si scompongono i principii tradizionali, si snaturano, affinché l'eccezione non compaia più come tale, ma quale estrinsecazione della regola comune » (32). I fautori della responsabilità

(27) *Ibidem*, 1^a ed., p. 41.

(28) Cfr. *Ibidem*, p. 16.

(29) *Ibidem*, p. 46; cfr. 2^a ed., vol. I, p. 78; *Colpa contrattuale*, 2^a ed., pp. 6 e 7. Per una critica a tale costruzione cfr. C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, in *Il digesto italiano*, IX, 1, Torino, 1887/1889, (pp. 727 e ss.) pp. 796 e ss..

(30) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, p. 69.

(31) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. I, p. 108.

(32) *Ibidem*, p. 109: « Certo, non si vuol qui dire prosegue che questi principii tradizionali siano intangibili, e che il movimento dei bisogni sociali, l'atteggiarsi vario delle umane attività, non possano modificarli: l'immutabilità è intimamente contraria alla natura del diritto, espressione viva e diretta delle contingenti condizioni sociali: ma la mutazione è accettabile quando davvero abbisogni, quando senza di essa la costruzione

senza colpa, si aggiunge, coloro che a fondamento della responsabilità non pongono « la colpa *soggettivamente* intesa (...) ma il danno » vogliono « generalizzare ad ogni costo » una « figura di responsabilità (che poi tale non è) » (33); e ancora: « asserire la responsabilità al puro *fatto dannoso* è restituire la teoria dell'ingiuria ai suoi primordi » (34). La diversa sistematizzazione è utilizzata, come si vede, soprattutto per negare una propria autonomia all'elemento del danno che più poteva recare vantaggio alle interpretazioni disgreganti dell'istituto.

Chironi intende dunque il suo sistema come il definitivo assetto di una tradizione di pensiero fondata sull'assioma 'nessuna responsabilità senza colpa': l'opera vuole essere la consacrazione dottrinale di un mito, la pacata riflessione della scienza su un istituto giuridico che pareva 'snaturarsi' e 'scomparire'. Si abbandonano le 'confusioni' dei pratici e del foro — il pericoloso accoglimento, ad esempio, del danno quale ridondante elemento costitutivo — per tracciare linee ferme ed indiscutibili, quelle in grado di resistere ad ogni mutamento, capaci di convivere con ogni nuovo assetto sociale.

Se volessimo però solo in tale direzione interpretare l'opera di Chironi, dovremmo dichiararne subito il fallimento degli obiettivi: troppi sono infatti i compromessi e le incertezze, le ignoranze dei risultati più attendibili cui era giunta la riflessione dei giuristi tedeschi, cui pure apertamente ci si richiamava, ancora vasta era infine la dipendenza dalla rifiutata letteratura francese (35), troppe le oscurità e le incongruenze nelle linee del sistema. Non è questo quindi il motivo che ci spinge a soffermarci sull'opera di Chironi, né questa la lettura che intendiamo proporre. Gli scritti del giurista

giuridica non possa estendere i termini suoi alla svariata particolarità di fatto, e quando sia correttamente condotta ».

(33) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2ª ed., vol. I, p. 113. Sul punto si cfr. più ampiamente nell'ultimo paragrafo del presente capitolo.

(34) *Ibidem*, p. 114. Cfr anche G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2ª ed., pp. 30 e 31 (in nota).

(35) Si possono confrontare ad esempio i riferimenti alquanto approssimativi alla fondamentale opera di Johann Christian Hasse — *Die Culpa des Römischen Rechts*, cit. — riguardo alla negazione della 'tricotomia' della colpa aquiliana. Per una ampia applicazione, in materia di responsabilità extracontrattuale, delle idee della Pandettistica occorre far riferimento, invece, soprattutto agli scritti di Contardo Ferrini.

sardo ci paiono relevantissimi non per la loro 'purezza' ricostruttiva, ma in quanto esprimono il compromesso tra esigenze di rinnovamento della civilistica e tradizione, tra il sistema e le precedenti analisi dell'istituto; un compromesso che, nella lettura della responsabilità extracontrattuale, ben evidenzia quelle tensioni tra ruolo della scienza giuridica, sua visione del diritto comune e delle linee 'immutabili' degli istituti giuridici, da un lato, e trasformazioni sociali accelerate, intervento normativo del legislatore, dall'altro. Ed è proprio in questo contrasto che si delinea la figura della responsabilità extracontrattuale.

Il sistema di Chironi ci interessa quindi perché nasce ed è tutto pensato quale risposta della civilistica neoterica al mutamento sociale degli anni Ottanta, quale difesa dell'unitarietà del diritto comune nello studio dell'istituto che più pareva 'smembrarsi', ed infine perché, nel contrasto tra tentativo di assorbire ogni lacerazione sociale nel nuovo sistema e tendenza ad escludere dal diritto civile ogni elemento perturbatore della simmetria del diritto uguale, ben esprime le impotenze presenti nell'opera della civilistica neoterica alla ricerca delle armonie del sistema.

2. *Culpa levissima ed infortuni sul lavoro.*

Agli scritti sulla colpa contrattuale ed extracontrattuale, quali prime monografie sistematiche su un istituto, si legò presto la fortuna di Chironi, la cui opera, al di là delle singole scelte tecniche, fu percepita come l'emblema di un nuovo modo di elaborare il diritto civile soprattutto per il programmatico manifesto metodologico anteposto alla ricostruzione. Abbiamo già notato quanto la scelta dell'argomento fosse opportuna per mostrare a pieno le capacità di elaborazione della civilistica, la risposta della nuova civilistica ai segni della crisi; la scelta è però, per altri aspetti, casuale, quasi uno 'scritto d'occasione' divenuto poi opera tra le più significative dell'Autore e dell'intera civilistica del periodo. L'impianto del lavoro è infatti condizionato dalle scelte operate in riferimento al

dibattito sugli infortuni del lavoro in un articolo comparso nel 1884 nei primi fascicoli della rivista *Studi senesi* ⁽³⁶⁾.

L'intervento di Chironi nel dibattito sulla responsabilità per infortuni si caratterizza per una presa di posizione estremamente netta, dettata dalla volontà di analizzare il problema da un punto di vista esclusivamente giuridico e di restituire ai princìpi minacciati della responsabilità civile per colpa il loro ruolo centrale. È da tali posizioni che scaturisce la configurazione della responsabilità aquiliana anche nel successivo più ampio studio. Il 'puro' sistema per la colpa è, in realtà, dettato nei suoi tratti portanti da esigenze empiriche che mostrano spesso un salto notevolissimo tra le prospettive metodologiche e le concrete linee dell'opera. Si vuole, per un verso, la concretezza, si mira a risolvere immediatamente, senza attese legislative, questioni dibattutissime attraverso una rinnovata lettura degli articoli del Codice; per altro verso, si vogliono raggiungere tali risultati conservando l'unità dei princìpi di diritto comune civilistico: il diritto 'generale', 'vero', 'immutabile', nelle cui certezze il giurista può fondare la sola costruzione che a suo giudizio possa dirsi realmente giuridica. Le due contrastanti esigenze confluiscono assieme a determinare il sistema che talvolta si piega di fronte alla concretezza del bene da tutelare, altre volte invece la sacrifica in nome dell'unità dei princìpi.

Nel saggio pubblicato negli *Studi senesi* Chironi risponde agli interrogativi emersi nel dibattito sugli infortuni senza mezzi termini ed esprime con chiarezza tali prospettive. Si trattava, come sappiamo, di interrogativi gravi: come affrontare con la normativa di un Codice invecchiato precocemente una realtà sociale i cui cambiamenti appaiono sempre più accelerati? Quale posizione spetta alla scienza giuridica, quale ruolo al civilista ed al diritto privato, di fronte al prepotente affermarsi di interessi sociali difficilmente valutabili nell'ottica individualistica? E ancora: dovrà il diritto privato mutare per rispondere a tali nuovi interessi, ed in quale modo? Con poche e nette affermazioni il giurista sardo definisce l'ottica giuridica

⁽³⁶⁾ Lo scritto in questione è il già citato *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, in *Studi Senesi*, I, 1884, ff. 2 (pp. 127 e ss.) e 3 (pp. 231 e ss.).

con cui affrontare la questione: i « progressi dell'industria » (37), le « cangiate condizioni del lavoro industriale » (38) non forniscono « ragione alcuna a modificare il criterio generale posto in materia di responsabilità dal Codice civile » (39), il principio cioè per cui « responsabilità vale colpa » (40), « un principio solenne di giustizia (...) perché racchiude la formula più energica, più estesa della responsabilità » (41). La questione giuridica è autonoma, essa pertanto potrà essere correttamente affrontata solo restituendola alla sua purezza ed evitando alcune confusioni: quella del *fatto* con il *diritto* (42); quella tra sociale e giuridico. Porre con nettezza quest'ultima distinzione è l'ossessiva preoccupazione di Chironi (43): « È doloroso, lo affermiamo anche noi, il vedere operai ridotti all'impotenza, e le loro famiglie serrate nella miseria per effetto di infortuni la cui causa sta nell'industria stessa. Sta qui forse la questione giuridica da risolvere sconvolgendo i termini della responsabilità? — È questione sociale, molto più elevata, se vogliamo della giuridica... » (44).

Libero da sentimentalismi, da esagerazioni, dall'« agitarsi a favore della classe operaia » (45), il giurista dovrà solo constatare che il campo delle sue ricerche termina con lo scomparire dell'unica figura di responsabilità nota al suo sapere millenario, quella avente come unico criterio di imputabilità la colpa. Oltre c'è un settore che riguarda « non il diritto civile, non la responsabilità, la questione giuridica insomma, sibbene la sociale, oggetto di studio per l'eco-

(37) *Ibidem*, p. 127.

(38) *Ibidem*, p. 128.

(39) *Ivi*.

(40) *Ibidem*, p. 129.

(41) *Ibidem*, p. 128.

(42) *Ivi*: «...davanti alle cangiate condizioni del lavoro industriale, davanti alle diverse cure, alla diversa misura di sorveglianza incombente al padrone, il giudice si troverà in un campo nuovo di *fatti*, ai quali va estesa la regola della responsabilità, ma non v'è bisogno che il legislatore muova eccezioni al *diritto* comune nel quale essa non va disgiunta dalla colpa. Confondendo il fatto con il diritto si va incontro a conseguenze interamente false ».

(43) Cfr. G. P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, cit., pp. 130; 236; 252; 267; 304.

(44) *Ibidem*, p. 236.

(45) *Ivi*.

nomista e per l'uomo di Stato» (46). Un settore in cui i 'mali dell'industria' potranno essere affrontati con criteri più flessibili di quelli del diritto civile, stabilendo anche nuovi principi, i quali però non saranno attinenti alla responsabilità, le cui forme sono state fissate una volta per tutte dal sapere giuridico romanistico, bensì ad un ambito non giuridico, quello della «garanzia», della «previdenza», della «prevenzione» (47). Le tematiche connesse all'industrializzazione sono disposte in un versante diverso da quello del vero diritto che resta puro, incontaminato. Diritto comune e leggi speciali, questione giuridica e sociale, rimangono termini antagonistici, espressione di mondi culturali diversi, inconciliabili tra loro. Anche nel caso in cui l'insufficienza del diritto comune si fa più palese, nei punti in cui più forte le situazioni sociali mostrano l'esigenza di un globale ripensamento o di una verifica dell'intera struttura giuridica di taluni istituti, il giureconsulto appare preoccuparsi soprattutto di delimitare con nettezza lo spazio della sua scienza e di impedire l'ingresso di nuovi dati al suo interno: continuo esercizio di *actio finium regundorum* che esprime una difesa di identità tecnica contro la 'genericità' della sociologia e contro le aperture interdisciplinari degli anni Settanta e Ottanta.

Chironi può in tal modo respingere sia l'espedito dell'inversione dell'onere della prova, introduttore 'per ragioni sociali' un ingiustificato privilegio nel diritto comune (48), sia le tesi contrattuali miranti ad aggiungere al solo obbligo dovuto dal 'padrone' secondo il contratto — quello del pagamento della 'mercede' —, l'altro, del tutto indeterminato giuridicamente, di garantire la sicurezza dell'operaio (49).

Dopo aver stabilito che 'la questione giuridica' della responsabilità potrà aversi sino al punto in cui sarà dato di riscontrare una

(46) *Ibidem*, p. 296.

(47) *Ibidem*, pp. 130 e 340. In questo periodo il termine «garanzia» designa per Chironi solo uno spazio 'non giuridico', di tipo sociale pubblicistico. Una più ampia riflessione sulla *garantia* si avrà nella seconda edizione della *Colpa aquiliana* (cfr. *infra* V.4).

(48) Cfr. G. P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, cit., pp. 239 e ss..

(49) Cfr. *Ibidem*, pp. 131 e ss. e 243 e ss.; G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, pp. 141 e ss..

negligenza, una colpa del datore di lavoro, Chironi spinge la sua analisi in due direzioni: espelle dal diritto civile, in quanto questioni estranee al principio della responsabilità, la tutela degli infortuni dovuti al 'caso' ⁽⁵⁰⁾; estende la sfera degli obblighi stabiliti dalla legge e, pur restando entro lo schema della colpa, interpreta in maniera ampia la portata dell'articolo 1151.

Per il contratto — si afferma — il « padrone deve solo la mercede (art. 1628) » ⁽⁵¹⁾ e non è possibile porre l'obbligo della direzione entro la sua sfera, la legge stabilisce però un principio generale nell'articolo 1151, imponendo un dovere di diligenza gravoso, da cui si potranno desumere vari obblighi a carico del datore di lavoro: « il padrone è tenuto alla direzione e sorveglianza necessaria, ed a fornire gli apparati di cui si vale di tutti i mezzi riconosciuti come più adatti a prevenire certe disgrazie » ⁽⁵²⁾. Un principio da cui scaturisce una responsabilità molto ampia dell'imprenditore, poiché la responsabilità aquiliana, a differenza della responsabilità contrattuale per cui « il padrone è tenuto per la sola diligenza del buon padre di famiglia », sarà cagionata da « qualunque negligenza » ⁽⁵³⁾. Con il riferimento alla *culpa levissima* si potrà « colpire ogni minima negligenza dell'imprenditore agli obblighi scaturenti dalla sua posizione » — quelli di sicurezza, di sorveglianza, di direzione, di fornitura di macchine munite di tutti i mezzi di sicurezza ⁽⁵⁴⁾ — e individuare così, interpretando in

⁽⁵⁰⁾ Cfr. G. P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 295: per i disastri derivanti dal caso « la difficoltà, è agevole il riconoscerlo, non tocca la questione giuridica ».

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 134.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*, p. 137.

⁽⁵³⁾ *Ivi*.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *Ibidem*, pp. 138 e ss.. Si precisa però: « .. il padrone non è tenuto a tener dietro a quante innovazioni vengono annunziate come efficaci a tutelare gli operai nel maneggio di certe macchine, o nell'esecuzione di certi lavori: sarebbe volerlo obbligare ad esperimenti d'arte industriale. È d'uopo si tratti di mezzi preventivi riconosciuti come atti ad allontanare i pericoli da certe industrie: in questo caso il padrone che non li adoprassero sarebbe in colpa, e perciò tenuto al risarcimento dei danni avvenuti » (pp. 139-140). La formula così elaborata fu applicata dalla giurisprudenza che richiedeva che l'imprenditore fornisse la sua fabbrica dei mezzi che « per uso costante sono riconosciuti vevoli a scongiurare temibili infortuni » (l'espressione è tratta dalla Corte d'Appello di Brescia, 30 aprile 1891, in *Il foro italiano*, 1891, 2, cc. 224 e ss.). Il riferimento all'uso

maniera ampia gli obblighi stabiliti dalla legge a carico del 'padrone', una responsabilità anche in ipotesi apparentemente irresolubili ⁽⁵⁵⁾. E ancora: l'interprete nei casi di colpa comune del datore di lavoro e dell'operaio non dovrà, certo, trascurare le « considerazioni di equità e giustizia » che impongono di tener conto anche della colpa del danneggiato ⁽⁵⁶⁾, ma dovrà soprattutto valutare la particolarità dell'obbligo di « direzione e sorveglianza » posto a carico dei 'padroni' e trarne tutte le conseguenze; « nella specie non potrà mai aver luogo quella perfetta equivalenza di colpe che spesso nella teoria comune ne suggeriscono la compensazione. Non si può dire compensabile il danno dell'operaio con quello che può colpire il padrone; la responsabilità di quest'ultimo è tanto estesa, da aversi sempre nel difetto di sorveglianza da lui dovuta, la causa dell'imprudenza stessa in cui l'operaio è caduto » ⁽⁵⁷⁾. Definito con esattezza l'ambito del giuridico e l'irrinunciabilità al principio della colpa ⁽⁵⁸⁾, le argomentazioni di Chironi mirano dunque ad ampliare la sfera degli obblighi rientranti nell'articolo 1151.

Lasciamo da parte l'ampiezza della tutela prestata in tal modo all'operaio infortunato ⁽⁵⁹⁾ e soffermiamoci sul procedimento argo-

costante instaurava una sorta di circolo vizioso della negligenza, difficilmente turbabile con innovazioni: « un tacito accordo — così scriveva Cesare Vivante, annotando la sentenza testé citata — stringerebbe i padroni nell'osservanza dell'uso che li tutela da ogni responsabilità ».

⁽⁵⁵⁾ G. P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, cit., pp. 138 e ss..

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 149.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem* p. 151.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. in *ibidem*, pp. 147 e ss.. In mancanza di colpa non si potrà parlare di una responsabilità del datore di lavoro. Chironi esclude la responsabilità civile per gli infortuni conseguenti a caso fortuito e per quelli dovuti a colpa esclusivamente imputabile al danneggiato: « È irrefrangibile il motivo della eccezione. La responsabilità segue la colpa: ora se da parte del padrone non solo non vi ha colpa, ma questa esiste rispetto al solo danneggiato, obbligare il primo al risarcimento del danno sarebbe doppia ingiustizia. Il padrone risponde della sua propria colpa, ma non deve in alcun modo subire le conseguenze di quelle imputabili all'operaio ».

⁽⁵⁹⁾ Una tutela, come si è visto, molto ridotta; va detto comunque che Chironi è convinto che la sua tesi contenga una 'protezione' più ampia di quella ottenibile seguendo le tesi contrattualistiche e che accetta, fuori dal diritto privato, interventi dello Stato di tipo sociale-pubblicistico, nonché riforme miranti a garantire la celerità del procedimento.

mentativo. Esso mira a configurare come 'non giuridica' ogni tesi volta a immettere nel diritto comune — sia attraverso una legge speciale (proposta dell'inversione dell'onere della prova), sia attraverso interpretazioni sconvolgenti, a giudizio del nostro Autore, l'assetto dei principi tradizionali (responsabilità contrattuale per l'infortunio) — riferimenti alle disuguaglianze soggettive e alle condizioni sociali dei singoli; si ribadisce così la cristallinità dei principi di diritto comune, validi indiscriminatamente per tutti, inalterabili di fronte ai fatti nuovi, alle mutate condizioni dell'industria. L'immutabilità del diritto comune così proclamata si rivela però solo apparente: nello spazio puramente giuridico e nel rispetto della tradizione del principio 'nessuna responsabilità senza colpa' si operano estensioni, si dà una valutazione sempre più ampia dell'articolo 1151 e non si esita a negare la « perfetta equivalenza » della colpa del 'ricco' con quella del 'povero'. Quello che pare interessare di più il nostro giurista è, in realtà, una costruzione fondata su principi certi, fissi, non sospesi come marionette ai fili delle mutabili prevalenze sociali del momento; principi quindi rinnovabili solo dall'interno attraverso la più lenta rielaborazione della scienza. La scelta della *culpa levissima* diviene in tale quadro l'indispensabile misura con cui valutare la responsabilità aquiliana nel nuovo contesto sociale: essa è nell'alveo della tradizione il principio che più consente di far aderire al sociale gli antichi principi, senza per questo introdurre una 'violenta' modificazione dall'esterno. La separazione netta tra giuridico e sociale si mostra non più come un rifiuto o un disinteresse nei confronti dei mutamenti sociali — e sappiamo che Chironi non era affatto disinteressato a quanto accadeva nell'Italia degli anni Ottanta —, ma come l'indispensabile presupposto per raggiungere il sociale attraverso un articolato percorso nella tradizione e nelle tecniche della civilistica.

Si potrebbe però obiettare che è proprio l'aspetto qui trascurato il più rilevante. Sostenere cioè che le argomentazioni dei nostri giuristi e le 'immutabilità' di cui tanto spesso discorrevano tendevano unicamente a impedire che in una fase di prima industrializzazione si operasse una tutela ampia nei confronti dei soggetti danneggiati, e nel caso ora in questione nei confronti dell'operaio infortunato. Si dirà ancora: la civilistica aveva sposato gli interessi di un gruppo, rendeva le sue tesi funzionali alle esigenze della classe

sociale vittoriosa e svolgeva tale compito elaborando e rielaborando soltanto i vecchi principi.

Si possono certo valutare le trasformazioni tecniche della responsabilità civile come completamente corrispondenti agli interessi dell'industria in espansione, ma ciò rende spesso testimonianza opaca ed inappagante delle trasformazioni del giuridico e delle sue relazioni con il sociale. È stato sostenuto, ad esempio, che l'abbandono del criterio della *culpa levissima* costituiva un tributo necessario che i giuristi dovevano pagare alla giovane industria in espansione al fine di non gravarla di responsabilità per i danneggiamenti arrecati anche da lievissime negligenze; e si è interpretato tutto il filone della Pandettistica, da Hasse in poi facente riferimento al criterio ordinario della diligenza del buon padre di famiglia, come funzionale a tali interessi ⁽⁶⁰⁾. In quest'ottica però un giurista moderato come Chironi, che formula la rielaborazione più nota e diffusa della responsabilità negli anni della prima industrializzazione italiana, potrebbe apparire, solo per aver consapevolmente scelto il criterio della *culpa levissima*, quasi un pericoloso sobillatore del nuovo ordine industriale. Sulla stessa linea si è ancora sostenuto che il principio della colpa era nel complesso corrispondente agli interessi dell'industria e che criteri di responsabilità oggettiva furono scelti dalla dottrina ed affermati dal legislatore solo quando l'industria, superata la difficile fase del 'decollo', fu in grado di sopportare i nuovi oneri che tale scelta implicava ⁽⁶¹⁾. In questo caso però continuano a non spiegarsi sia i meccanismi, interni al criterio della colpa, di tutela nei confronti della proprietà danneggiata, quali quello della *culpa levissima* e della *culpa in re ipsa* ⁽⁶²⁾, sia le tesi per una responsabilità oggettiva sostenuta ampiamente già a metà degli anni Ottanta da un giurista come Venezian.

Che il giuridico rispecchi i mutamenti del sociale ed a questi adegui la sua conformazione è cosa ben evidente, come anche lo è il fatto che i principi di cui tanto temono la modificazione i nostri

⁽⁶⁰⁾ Cfr. R. OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, cit., in particolare pp. 37 e ss..

⁽⁶¹⁾ Cfr. G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., pp. 101 e ss..

⁽⁶²⁾ Cfr. sul punto le osservazioni di S. RODOTÀ, *Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile*, cit..

giuristi fossero corrispondenti ad un assetto di stampo borghese-proprietario statico e che essi, con l'affermarsi dell'industria, fornirono a questa le garanzie e le imposizioni che un tale ordine poteva dare ad un soggetto dinamico ⁽⁶³⁾; quello che però vorremmo sottolineare in riferimento a Chironi è che il suo discorso giuridico segue regole ulteriori che condizionano trasversalmente tali fattori: le risposte del giurista ai singoli casi in questione si aggregano entro un quadro che corrisponde più alle necessità interne della disciplina che a quelle sopra menzionate.

L'esigenza disciplinare più avvertita negli anni Ottanta da un civilista attento è quella di 'salvare' il diritto civile, il quadro unitario che rende possibile la costruzione della sua scienza, le simmetrie di relazioni tra uguali che rendono non arbitrari i giudizi della giurisprudenza. Le modificazioni richieste per la responsabilità degli infortuni sul lavoro sono avvertite come un pericolo della possibilità stessa di continuare a costruire un discorso giuridico sulla responsabilità civile, come introduzione di un incontrollabile variegarsi dell'unitario diritto comune a seconda dei soggetti. La ricostruzione dell'istituto risente in primo luogo di queste esigenze, vuole salvaguardare il diritto civile, la sua unità, e vuole, solo in tal senso, custodire la sua 'immodificabilità' di fronte al sociale. È per questo che un giurista pur attento alle nuove esigenze sociali insiste così a lungo sulla necessità di distinguere il giuridico dal sociale; è per questo che l'opposizione alle innovazioni non è assoluta, ma limitata al solo settore percepito come vera espressione del giuridico, al diritto civile.

In questa prospettiva la valorizzazione del criterio della *culpa levissima* si pone al centro del sistema della responsabilità aquiliana perché è l'interpretazione più estesa dei principi civilistici, la soluzione che lascia meno ipotesi all'esterno della norma di diritto comune e che maggiormente concilia la tradizione con la tutela delle nuove situazioni. Chironi afferma il principio cercando di estenderne al massimo la portata: la colpa « per quanto leggiera sia, dà

(63) Cfr. S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit.; e, più in generale, C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, Jovene, 1985; C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, cit., pp. 1187 e ss..

luogo al quasi delitto e quindi alla responsabilità » (64); solo tale principio, del resto, è dato desumere con chiarezza dal testo degli articoli 1151 e 1152 e dai lavori preparatori del *Code civil* (65). Il sistema della colpa continua ad articolarsi in questa direzione, ampliando le ipotesi ricomprese nel 'rigore' del principio tradizionale.

A questo carattere del sistema se ne aggiunge un altro che si rivela presto, però, contrastante con i motivi ispiratori della ricostruzione. Sforzo principale del nostro autore è quello di evitare ogni limitazione al principio ampio della *culpa levissima*; a tal fine combatte soprattutto la tendenza che, pur accettando la sufficienza di « qualsiasi colpa per quanto leggiera » a costituire il quasi delitto, si schierava poi, confondendo spesso la natura del risarcimento civile con quella della pena, per la proporzionalità del risarcimento del danno al grado di colpa. Ma non è sulla confusione tra l'esigenza di un risarcimento sempre integrale del danno subito e la pena o sull'istituzione, con il meccanismo della 'graduazione del risarcimento', quasi di una pena privata che il Nostro insiste. Affermare che la responsabilità deriva da qualsiasi colpa significa infatti per Chironi limitare ogni libero apprezzamento del giudice; l'introduzione della proporzionalità del danno al grado della colpa attribuisce invece al giudice dei compiti che travalicano « il rispetto e l'applicazione della legge » (66), gli dà « un potere estesissimo, lasciando tutto in balia del suo apprezzamento » (67), travolgendo il testo normativo, travisando il ruolo dell'interprete, dimenticando che « il giudice deve eseguire strettamente la legge » (68).

Culpa levissima e risarcimento integrale del danno estendono

(64) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, pp. 77 e 78.

(65) Cfr. *ibidem*, p. 77; e con maggior ampiezza *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. I, pp. 130 e ss..

(66) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, p. 79; p. 81: « ... la teoria seguita dai compilatori del Codice francese esclude ogni potere del giudice nell'apprezzare la leggerezza più o meno estrema della colpa ».

(67) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, p. 79.

(68) *Ibidem*, p. 99. Cfr. anche *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. I, p. 170. Le osservazioni qui svolte in riferimento alla *culpa levissima* possono essere estese a tutta la costruzione chironiana della colpa; si cfr., ad esempio, G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2^a ed., pp. 74 e ss. e 207 e ss. (sul punto cfr. *infra* cap.VII.2).

quindi la portata del diritto comune e permettono alla responsabilità per colpa — espressione di un « principio solenne di giustizia » cristallizzatosi nel Codice — di seguire tutte le modificazioni sociali. Il sistema nasce dal rifiuto di un adeguamento 'per leggi speciali' del diritto al sociale e vuole, pur senza alterare le linee tradizionali dell'istituto, disciplinare ogni nuova situazione in base al diritto comune civilistico. Pur seguendo tale impostazione, Chironi rifiuta tuttavia quello che avrebbe potuto essere un punto di forza della sua ricostruzione: la valorizzazione del ruolo del giudice e della sua capacità di rivitalizzare l'istituto della responsabilità civile. La costruzione sistematica della colpa è, anzi, considerata proprio il mezzo per far sì che il giudice aderisca pienamente al vago dettato della legge: il 'pratico' è guardato con sospetto dal civilista che si sforza di limitarne il più possibile ogni giudizio di valore ⁽⁶⁹⁾.

È evidente che a tale atteggiamento è sotteso, più che un culto legalistico, il fermo convincimento della centralità del ruolo della dottrina, della scienza (e ciò apparirà più chiaro allorché parleremo di Venezian). Il giurista-scienziato vuole sostituirsi al legislatore e dettare con chiarezza le linee di ogni istituto e il contenuto di ogni normativa; aspetti che non possono essere 'inventati' dal giudice di fronte al caso particolare: troppo alto sarebbe il rischio di sconfinare nell'arbitrio. Vecchi e nuovi atteggiamenti antigiusprudenziali si saldano assieme: affiorano, a fianco della preminenza della dottrina sulla scienza, proclami più rituali che sentiti per la separazione dei poteri ed echi settecenteschi sui 'difetti della giurisprudenza'.

Nonostante la varietà dei motivi determinanti la diffidenza verso la giurisprudenza, appare comunque contraddittorio che una civilistica tutta protesa, in esplicita polemica contro il legislatore, ad indicare l'espansività, la completezza dei principi di diritto comune e a valutare in maniera ampia, quasi come 'clausola generale di responsabilità', l'articolo 1151 sia così diffidente nei confronti del soggetto chiamato a trasferire gli elastici principi generali alla concretezza della vita. Stando a tale scelta di 'condanna del giudice', non si comprende infatti in qual modo si intenda far aderire l'immodi-

⁽⁶⁹⁾ Cfr. D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienze del diritto privato. Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, Giuffrè, 1970, in particolare le pp. 287 e ss. facenti riferimento agli scritti di Chironi.

ficabile diritto comune alla nuova realtà sociale. Certo, è la dottrina stessa a tracciare le linee direttive, a 'scoprire' il nuovo diritto dall'antico e al giudice non resta che « eseguire strettamente la legge », ma come negare assolutamente ogni spazio di discrezionalità al giudice nel momento in cui il criterio direttivo offerto dalla dottrina sta proprio nella estrema elasticizzazione di un parametro generale e nell'affermazione dell'impossibilità di prevedere tutte le ipotesi. Tale narcisismo della dottrina fa allora ritorno in modo inevitabile al culto legalistico del Codice, che tutto prevede nella interpretazione della scienza, oppure per negare di fronte a casi pratici richiedenti una interpretazione più 'libera' ogni spazio di discrezionalità, finisce per accettare in arrivo quanto rifiutava decisamente in partenza: la modificabilità del diritto comune solo grazie ad un intervento 'particolare' del legislatore.

Un esempio concreto può aiutarci a comprendere meglio il discorso; ce lo forniscono le vicende di alcune pagine dello scritto del 1884 sulla responsabilità per infortuni ripetute poi nelle varie edizioni dei volumi sulla colpa. Nel primo scritto la tesi della responsabilità contrattuale del datore di lavoro per gli infortuni sul lavoro è decisamente respinta: « l'obbligo è così indeterminato da legittimare come giuridiche le più strane pretese »; « per il contratto — si aggiunge — il padrone deve solo la mercede » (70). Segue una dura critica alla tesi contrattualistica e si ignora completamente la possibilità di ampliare gli obblighi contrattuali delle parti in riferimento alla buona fede. Tali pagine sono riprodotte immutate nella prima edizione degli scritti sulla colpa (71); nella seconda edizione, invece, si inseriscono riferimenti alla buona fede: il padrone — si scrive — non deve per contratto solo la mercede poiché « altre obbligazioni vi si connettono desunte dalle norme generali sull'efficienza dei contratti, obbliganti a ciò che la *buona fede* impone » (72). L'apertura non è certo tale però da offrire all'interprete la possibilità di 'sconvolgere' il sistema del diritto uguale: « ...nel diritto privato

(70) G. P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, cit., pp. 132 e ss..

(71) Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, pp. 134 e ss..

(72) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. I, p. 220; cfr. anche *Colpa contrattuale*, 2^a ed., pp. 128 e ss..

non si può immettere, senza sconvolgerne il contenuto, il concetto della condizione sociale di una classe di persone, determinante per sé la loro condizione giuridica », non si può proteggere una classe di persone soltanto in vista della loro condizione sociale (73).

L'allargamento dei confini del diritto comune, l'adeguamento continuo dei principi civilistici alle nuove condizioni sociali non offre spazi al giudice, non può mai essere tale da 'sconvolgere il contenuto' del diritto uguale. L'interprete (il giudice-interprete) non deve, insomma, utilizzare le clausole generali, la buona fede, per far riferimento alle condizioni sociali di una parte contraente e « per dedurne che manca l'uguaglianza giuridica e con ciò la libertà vera di contrattare » (74).

Che fare allora di fronte ai mutamenti crescenti del sociale, di fronte alle richieste di tutele nuove per i nuovi bisogni? Come affrontare i problemi irrisolti da una responsabilità i cui confini sono rigorosamente stabiliti dalla colpa? Che fare di fronte alla rigidità dei presupposti egualitari del diritto comune che negano, a dire di Chironi, la stessa possibilità di una interpretazione volta a considerare la condizione sociale delle parti contraenti e che sempre costringono il giudice ad applicare la legge in tutto il suo rigore? La risposta a questi interrogativi sta per Chironi oltre il sistema, perché supera i confini ultimi del giuridico raggiungibili attraverso l'interpretazione. A tali interrogativi deve rispondere il legislatore con interventi di carattere previdenziale, volti a temperare « l'uguaglianza così rigidamente intesa »; « ma queste previdenze di carattere sociale — si aggiunge al fine di preservare ancora inalterata la coerenza di tutto il discorso —, se, finché durano, hanno pur influenza sul diritto privato, non lo sconvolgono, non ne turbano i criteri fondamentali, e cessano col cessare o con l'indebolirsi delle difficoltà che li provocarono » (75).

Si sa bene quanto errata sia stata la previsione del nostro giurista. Il sistema che voleva essere generale, comune, onnicomprensivo, si condannava in tal modo alla progressiva marginalità.

(73) G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2^a ed., p. 124.

(74) *Ivi*.

(75) *Ibidem*, p. 125.

3. *Il modello della rappresentanza: responsabilità per fatto altrui e responsabilità dello Stato.*

La colpa ha nel sistema della responsabilità aquiliana di Chironi un ruolo centrale, attorno ad essa si edifica tutta la costruzione ed è attraverso l'elaborazione dell'elemento soggettivo che si tenta un'estensione degli spazi del sistema. Quello che distingue però l'opera di Chironi dagli studi precedenti, fondati anch'essi sulla centralità assoluta di tale elemento, è che l'analisi dell'istituto non è costretta entro le strette maglie delle varie 'finzioni' di colpa. Il giurista sardo è ben consapevole che a rendere fragile la teoria tradizionale era proprio il tentativo di spiegare tutti i casi di responsabilità per fatto altrui stabiliti nel Codice come espressione lineare del solo principio della colpa. L'impossibilità della prova liberatoria dalla responsabilità sancita dall'articolo 1153 nei confronti dei « padroni e committenti » — non richiamati dall'ultimo comma di detto articolo tra coloro ammessi a provare « di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili » — rendeva contraddittoria la spiegazione della responsabilità di tali soggetti come fondata su una *culpa in eligendo* o una *culpa in vigilando*, colpa di cui non si poteva in alcun modo dimostrare l'assenza.

Sappiamo che gli autori più accorti inseriti nella tradizione interpretativa esegetica ne erano ben consapevoli, ma abbiamo visto anche che l'unica loro soluzione era stata quella di sviluppare una critica serrata nei confronti della « mostruosa » creazione di una « presunzione di colpa assoluta », finzione di cui non erano riusciti assolutamente a liberarsi ⁽⁷⁶⁾.

Accettare tale impostazione, cui si accompagnava la conseguente richiesta di un'interpretazione estremamente restrittiva dell'assurda presunzione stabilita dal Codice, avrebbe significato ridurre ulteriormente gli spazi di applicabilità della responsabilità civile e staccare l'interpretazione dell'istituto da ogni contatto con le nuove esigenze sociali; e tutto ciò proprio negli anni in cui si

⁽⁷⁶⁾ Cfr. *infra* II.3. Pacificamente volta in tal senso era la giurisprudenza italiana che poneva quasi sempre il fondamento della responsabilità del committente per il fatto illecito del commesso nella *culpa in eligendo*. Cfr., ad esempio, Corte di Cassazione di Roma, 13 agosto 1889, in *Il foro italiano*, XV, 1890, 2, cc. 128 e ss. (con nota critica di L. Bolaffio).

consolidava la critica alle ingiustizie contenute nell'applicazione assoluta del criterio della colpa come unica causa di imputabilità. Più che abbandonare il dettato del Codice, occorre trovare un fondamento giuridico più solido della fragile presunzione assoluta di colpa: ed è proprio a tale ricerca che Chironi dedica una consistente parte della sua trattazione.

Il principio della colpa è connesso con quello della responsabilità personale, ma tale principio « ha necessariamente dei limiti la cui essenza è basata su gravi ragioni giuridiche » (77); non si potrà intendere quindi la massima per cui « *ognuno è tenuto per fatto proprio* » ugualmente vera se esposta in negativo, dicendo cioè « non si va incontro a responsabilità che per i fatti *propri*, personali » (78). L'argomento è il punto di partenza per superare le 'finzioni' di colpa utilizzate nell'interpretazione della normativa del Codice: nel caso in cui non sarà dato di riscontrare una colpa del soggetto responsabile, occorrerà ricercare quali 'gravi ragioni giuridiche' fondino la disposizione.

Chironi non rinuncia alla *culpa in vigilando* e raggruppa approssimativamente (79) come sue ipotesi non solo la responsabilità del padre e, « in sua mancanza », della madre, quella del tutore, quella dei precettori e degli artigiani (80), ma anche la responsabilità per i danni commessi da animali (art. 1154) (81) e quella per i danni cagionati dalla rovina d'un edificio (art. 1155) (82). In realtà, il nostro giurista è ben consapevole della inconfigurabilità delle ultime due ipotesi come *culpa in vigilando* (83), ma stenta a dar loro un'esatta sistematizzazione in quanto richiedevano un accentramento dell'attenzione soprattutto sull'elemento del danno. Nella seconda edizione l'incertezza sarà — come vedremo — superata e questi casi saranno classificati entro le ipotesi di 'responsabilità' — e le virgo-

(77) G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 1^a ed., p. 172; cfr. anche 2^a ed., pp. 397 e ss..

(78) G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 1^a ed., p. 172.

(79) Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, p. 260; e, in una mutata prospettiva, 2^a ed., vol. I, pp. 366 e ss..

(80) Cfr. G.P.CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. II, pp. 66 e ss..

(81) Cfr. *ibidem*, pp. 143 e ss.

(82) Cfr. *ibidem*, pp. 176 e ss.

(83) Cfr. *ibidem*, pp. 139 e ss..

lette sono d'obbligo dal momento che Chironi si affretterà a spiegare che non di « vera responsabilità » si trattava — senza colpa ⁽⁸⁴⁾.

Fuori dalla *culpa in vigilando*, ed inconfigurabile anche in riferimento alla *culpa in eligendo*, restava la responsabilità dei padroni e dei committenti per i danni cagionati dai loro domestici e commessi. Tale controversa ipotesi non può essere, secondo Chironi, ricondotta alle finzioni di colpa, ma va spiegata autonomamente: diviene chiara solo approfondendo il concetto di rappresentanza. Siamo di fronte infatti ad « una confusione giuridica fra la persona del rappresentato e quella del rappresentante, in modo che questa rimane assorbita da quella »; il rappresentante « è solo lo strumento materiale della persona rappresentata », è il suo braccio, la sua mano ⁽⁸⁵⁾: l'ipotesi è dunque irriducibile a quelle di responsabilità per fatto altrui, ma deve essere collocata tra quelle di responsabilità per fatto proprio. Solo tramite la rappresentanza si può, dunque, fondare esattamente la responsabilità dei padroni e dei committenti e si possono superare le assurdità teoriche cui davano luogo i riferimenti alla *culpa in vigilando* e alla *culpa in eligendo*. Affermando anche in questo caso la colpa come ragione della responsabilità, come spiegare infatti l'impossibilità di provare che il rappresentato adoperò la cura del diligentissimo padre di famiglia e che quindi neanche una *culpa levissima* gli possa essere rimproverata ⁽⁸⁶⁾? E ancora: « perché voler preservare assolutamente la non bontà della scelta quando l'interessato potrebbe luminosamente mostrare il contrario? L'equità si ribella ad affermazione simile, e non può questa enormità venir supposta nella legge che in altri casi di presunzione ha ammesso la prova liberatoria » ⁽⁸⁷⁾.

Il fondamento della responsabilità non sta nella presunzione di colpa, bensì nel vincolo giuridico della « rappresentazione » esistente tra due parti ed in base alla quale si avrà sempre responsabilità del rappresentato per i fatti illeciti posti in essere dal rappresentante in quanto espressione dei suoi interessi all'esterno, in quanto strumento della sua persona. Qui non è il caso di guardare alla colpa e

⁽⁸⁴⁾ Cfr. sul punto il paragrafo seguente.

⁽⁸⁵⁾ G. P. CHIRONI, *Culpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, p. 261.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 272 e ss..

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*, p. 274; cfr. anche pp. 305 e ss..

all'imputabilità del rappresentato, perché, in base alla « confusione delle due personalità », alla « fusione delle due persone », si avrà che del fatto imputabile al rappresentante dovrà sempre rispondere il rappresentato ⁽⁸⁸⁾.

Naturalmente tale fondamento è utilizzato per respingere ogni interpretazione restrittiva della responsabilità dei padroni e dei committenti e per mostrare la linearità delle disposizioni legislative. Il riferimento al principio della 'rappresentazione' serve soprattutto però per ricondurre incondizionatamente nell'ambito della responsabilità civile le controverse ipotesi della responsabilità dello Stato per i fatti illeciti dei suoi funzionari. Il modello individuato nel diritto civile è così in grado, non solo di risolvere le contraddizioni presenti nelle precedenti teorie, ma anche di fornire capacità espansiva all'istituto civilistico che torna ad essere applicabile anche a quelle ipotesi che sembravano sottrarglisi.

Il problema cruciale è sempre quello di individuare con chiarezza i margini di applicazione del Codice civile e di verificare, studiando il tema della responsabilità, sino a che punto la distinzione tra pubblico e privato incidesse nella ricostruzione di un istituto unitario. Ad allontanare la dottrina da un esatto esame dell'argomento è stato proprio, a dire del Nostro, l'aver tentato uno smembramento della responsabilità in relazione a tale divisione che ha imposto un restringimento inammissibile dell'area del diritto comune civilistico. Occorre dunque porsi ancora l'interrogativo di partenza: « le regole del Codice civile possono applicarsi a risolvere il tema della responsabilità dello Stato »?

⁽⁸⁸⁾ Tale figura che è per Chironi più ampia sia di quella del mandato che di quella della gestione di affari altrui. Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, pp. 263 e ss.. Giova forse precisare che ci interessano soprattutto, qui come altrove, la finalità complessiva del discorso del Nostro, le innovazioni rese possibili dall'accettazione del patrimonio di conoscenze tradizionali sulla responsabilità, il grado di flessibilità attribuito alle norme codificate — di fronte alla percezione dell'incrinarsi del diritto comune civilistico — e, quindi, il rapporto tra il giurista, la sua tradizione disciplinare e le esigenze di ammodernamento del diritto civile. Ci interessa molto poco in quest'ottica valutare il grado di attendibilità scientifica nel diritto positivo delle tesi proposte. Cfr. comunque per un giudizio liquidatorio della costruzione — « palesemente arbitraria » — di Chironi riguardo alla responsabilità dei padroni e dei committenti R. SCOGNAMILIO, *Responsabilità per fatto altrui*, in *Novissimo digesto italiano*, XV, 1957, (pp. 691 e ss.) p. 692.

Giova cedere però la parola a Chironi per la risposta: « Sta bene l'obbligo di distinguere il diritto in due grandi branche, il pubblico e il privato; ma con quale scopo si vuole richiamare tale divisione, quando è parola di responsabilità per danno illegalmente dato? (...) il ricorrere alla necessità di separare il diritto pubblico dal diritto privato non può legittimare quanto di pregiudiziale venne commesso oltre la legge. Non è più il diritto pubblico che s'impone al privato, e perciò coll'intentare un'azione di danno, si ha diritto a valersi delle norme date al riguardo dal Codice civile » (89).

Questa sola affermazione non è però sufficiente a garantire un pieno impero della legge comune, quello che più conta è stabilire che il diritto privato è prevalente anche nella determinazione dell'entità del rapporto tra funzionario e pubblica amministrazione: « la funzione politica non influisce menomamente — si afferma — nel modificare i rapporti tra lo Stato e l'impiegato (...); sia politico o amministrativo il provvedimento, l'impiegato è sempre un commesso, imperocché i suoi rapporti col committente non dipendono dal genere di servizio cui è destinato » (90). Si potrà a questo punto applicare l'articolo 1153 allo Stato e farvi riferimento nella configurazione fissata dall'Autore nella parte generale, guardando cioè alla sola 'rappresentazione' e non alla *culpa in eligendo* o a quella *in vigilando* la cui applicazione nei confronti dello Stato dava luogo a non pochi problemi (91). Non c'è infatti ragione alcuna per sottrarre lo Stato alla « teoria sancita dal diritto positivo »: « teoria rispondente ai veri principii pei quali chiunque abbia capacità a farsi rappresentare nominando un commesso, deve rispondere di quanto egli opera nello esercizio delle incombenze dategli. Lo Stato si trova perfettamente in tale condizione » (92).

Chironi tiene in particolare a mostrare come la sua teoria sia ancor più ampia di quella di Meucci: è vero infatti che questi, riprendendo le apodittiche affermazioni sulla configurabilità dello

(89) G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 1^a ed., p. 237.

(90) *Ibidem*, p. 239.

(91) Cfr. *ibidem*, pp. 251 e ss..

(92) *Ibidem*, p. 254. Cfr. p. 255: ove chiarisce che, data la piena identificazione dello Stato con la figura del commesso, si tratta sempre di una forma di responsabilità diretta.

Stato quale committente, ha cercato di fondarle in diritto argomentando dalla dottrina dell'*actio institoria*, ma è anche vero che egli è poi giunto a dei risultati inappaganti, circondando la regola generale di troppe eccezioni, vanificando l'ipotesi di partenza (il principio dell'unità del diritto), rendendo con mille eccezioni meramente residuale l'uso del diritto comune ⁽⁹³⁾.

Quello che invece si deve ribadire, contro le tesi miranti a configurare l'irresponsabilità dello Stato, è proprio la generalità del principio della sottoponibilità di tutti i soggetti alla responsabilità del diritto comune; occorre perciò un concetto ampio, non menomato da eccezioni, della sottoponibilità della pubblica amministrazione al diritto della responsabilità per il fatto dei suoi funzionari ⁽⁹⁴⁾. Un principio da sostenere non solo nei confronti delle tesi 'regalistiche' di un Mantellini o di un Saredo, ma anche e soprattutto nei confronti dei fautori della ibrida teoria della doppia personalità dello Stato. Soprattutto la critica a quest'ultima tesi è particolarmente lucida: scindere nello Stato — si afferma — gli interessi privati dagli interessi politici è un assurdo, esso infatti agisce sempre nell'interesse politico, nell'interesse generale, nell'interesse comune dei consociati. Anche quando lo Stato agisce come contraente è sempre sovrano, a meno che non si voglia introdurre la contraddittoria distinzione di uno Stato sempre sovrano rispetto al *fine* da conseguire, ma privo di tale qualità nell'uso dei *mezzi* per raggiungere tale fine: « Lo Stato sarebbe e non sarebbe nello stesso tempo e nella medesima sfera di attività persona politica e no, e la contraddizione non consente che questa sia buona teoria: se lo Stato rispetto al fine da conseguire, va considerato come sovrano, dev'esserlo

⁽⁹³⁾ Cfr. G.P.CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 1^a ed., pp. 213 e ss..

⁽⁹⁴⁾ Cfr. *ibidem*, p. 208: « si è (...) sostenuto [Mantellini e Saredo] che il Codice civile in nessun caso basta a regolare i rapporti dello Stato, qualunque sia la sfera in cui intercedono, e va perciò fatto in ogni caso ricorso ai principii del diritto pubblico. Nessuna teoria meno giuridica e più esiziale di questa. Non giuridica, perché in materia di responsabilità lo Stato, persona la cui capacità è riconosciuta dal Codice civile, non può sottrarsi alle norme che questo contiene essendo legge generalissima. (...) Come! lo Stato potrà a sua posta violare la legge generale, il Codice civile, col pretesto che i suoi atti non debbono esserne regolati? Ma ciò non è porre in sua balia i diritti tutti dei particolari? ».

anche rispetto al mezzo, giacché senza porre in essere questo sarebbe inutile parlare di quello » (95).

La distinzione tra personalità politica e personalità giuridico-economica, o civile, dello Stato non riesce quindi a definire « la posizione dello Stato di fronte al Codice civile » (96). Anzi, conduce a sostenere la tesi combattuta, a dar sostegno cioè agli argomenti per la irresponsabilità: « se è vero che lo Stato non è né può essere soggetto al Codice civile quando opera come potere sovrano, politico; se è vero che così opera sempre quando mira all'interesse generale, al benessere degli amministrati; se è vero che questo benessere nel fine deve pure esistere nei mezzi coi quali il fine vuole essere raggiunto, conviene concludere che lo Stato agisce sempre, in ogni caso come potere politico, e per conseguenza mai dovrebbe essere soggetto al Codice civile » (97).

È chiaro che tale impostazione va abbandonata e che, se non si vuole stabilire un'assoluta irresponsabilità dello Stato, occorre affrontare il problema in maniera più diretta, guardando all'essenza delle relazioni cui lo Stato si sottopone. Il problema centrale non sta infatti nell'individuare uno 'Stato persona politica' non sottoponibile alle regole della responsabilità ed uno 'Stato persona civile' sottoposto a tali regole; ma nel vedere se il requisito della sovranità abbia influenza sul principio civilistico, se costituisca davvero eccezione alla applicazione del Codice civile: « nella materia di responsabilità per fatto illecito, ha forse valore il riflesso tratto dalla 'sovranità' dello Stato? No: non è più questione di potere sovrano, o di persona civile: è questione di risarcimento in dipendenza di ingiustizia data illecitamente, si è cioè in un campo nel quale l'argomento della personalità politica non può avere efficacia. La difficoltà è interamente ed esclusivamente relativa al diritto civile » (98).

Non bisogna quindi guardare alla « *essenza* dello Stato », ma alla « qualità del rapporto » (99), bisogna considerare « lo Stato

(95) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, p. 359. cfr. anche pp. 354 e ss. e *Colpa contrattuale*, 1^a ed, pp. 218 e ss.:

(96) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, p. 363.

(97) *Ibidem*, p. 364.

(98) *Ibidem*, p. 370.

(99) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. II, p. 4.

come Stato » e parlo di fronte al Codice civile, esattamente come aveva fatto Mantellini. Le conseguenze che trae Chironi sono però molto diverse: se a prevalere per l'Avvocato erariale erano le esigenze della 'specialità', per il civilista è la norma comune che deve prevalere, è l'impossibilità di guardare a taluni istituti fuori dal campo civilistico che necessariamente si impone. Giova però cedere ancora la parola a Chironi: « La colpa non è mai scusata, mai regolata dal diritto pubblico (...) ora, se la questione della responsabilità si riannoda alla esistenza della colpa come suo fondamento, chi non vede quanto sia criterio erroneo l'invocare il diritto pubblico in un campo al quale esso è totalmente estraneo? »⁽¹⁰⁰⁾. L'unica soluzione è quella di sostenere che « gli atti compiuti dallo Stato in relazione al diritto civile s[ono] regolati dal Codice civile »; ciò non implica — si continua — una negazione del diritto pubblico, ma il riconoscimento del dominio pieno delle regole civilistiche su tutte le questioni attinenti al danno dato ingiustamente, per cui sempre quando l'impiegato — avente « il carattere unico e costante di commesso dello Stato, di rappresentante suo » — commette un fatto illecito lo Stato sarà tenuto a rispondere⁽¹⁰¹⁾.

La sfera di applicazione del diritto civile in tal modo non era intaccata: certo, si possono riconoscere regole di diritto pubblico, ma quello che non si può accettare è che oltre tali regole ci siano principi indistinti, non regolamentati o da disciplinare attingendo alla stessa 'essenza' dei rapporti pubblicistici. Oltre il diritto pubblico infatti vige il diritto comune, il diritto civile in tutta la sua ampia estensione: ogni rapporto non appositamente disciplinato ricadrà nella sua area, ed è da essa che il giurista deve continuamente trarre i principi ispiratori del suo discorso. Siamo di fronte, in altri termini, ad una difesa estrema dell'unità dei principi della responsabilità che si traduce necessariamente in una netta affermazione del diritto civile come unico diritto comune possibile. Gli attacchi portati all'unitarietà della ricostruzione dell'istituto della responsabilità civile, sia creando una disciplina differenziata per i bisogni di una sola classe sociale, come accadeva per gli infortuni, sia cercando di sottrarre 'lo Stato-sovrano' al suo impero, esprimono secondo

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*, p. 6.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem*, p. 10.

Chironi un pericolo di portata ben più ampia della posta immediatamente in gioco: quello della fine del diritto generale valido per tutte le ipotesi, fondato su principi certi da cui il giurista può trarre sicura ispirazione per regolamentare tutta la realtà. La fine di un tale diritto comune rappresenta la fine del Diritto, della possibilità di pensare giuridicamente la realtà. La difesa dei principi della responsabilità per colpa e quella della globale unitarietà dell'istituto non hanno alcun senso se alla preminenza del diritto comune civilistico si rinuncia, se si accetta che ogni nuova ipotesi possa avere una disciplina a sé, senza immediatamente ricadere sotto l'impero della legge comune.

Queste preoccupazioni espresse nella prima edizione dell'opera di Chironi sono ancor più enfatizzate nella seconda. L'esaltazione del diritto civile come unico diritto comune, come diritto generale, come regola per tutte le ipotesi, diviene il cardine del discorso del Nostro: in anni di sempre più manifeste affermazioni di autonomie disciplinari, di disperate ricerche di 'concezioni poligenetiche del diritto comune' ⁽¹⁰²⁾, abbiamo il canto del cigno della assoluta ed indiscussa supremazia civilistica nel giuridico.

Il quesito resta sempre relativo a come costruire la teoria della responsabilità della pubblica amministrazione: dovrà « essere pensata con elementi tratti dal solo diritto pubblico » o vi dovrà « conferire, ed in quanto, il diritto privato » ⁽¹⁰³⁾?

L'indagine riguarda « la concezione stessa del diritto amministrativo, e, più ampiamente, del diritto pubblico amministrativo e costituzionale » che non deve essere interpretato come « diritto affatto separato dal privato », come « una *ragion di Stato* applicata alle relazioni giuridiche » ⁽¹⁰⁴⁾. Si può infatti comprendere la con-

⁽¹⁰²⁾ La concezione del diritto comune civilistico di Chironi fu, non a caso, il principale bersaglio polemico delle ricostruzioni amministrativistiche volte a configurare una responsabilità di diritto pubblico della pubblica amministrazione. Sulla questione si cfr. *infra* XI.

⁽¹⁰³⁾ G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2^a ed., p. 471.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ivi.* Cfr. anche G. P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, Bocca, 2^a ed., 1912, p. XVIII: « Or nella legge civile è la sede vera dello spirito animatore dell'ordinamento giuridico generale, perché nel diritto privato si composero prima i criteri fondamentali che determinano il concetto di relazione giuridica, il contenuto e la virtù sua: e il diritto pubblico pur nel suo attuale e rigoglioso svolgimento

cezione del diritto amministrativo solo a condizione di guardare « all'entità, all'origine » del diritto privato. Il diritto amministrativo non può spiegarsi di per sé, esso rappresenta solo un'eccezione innestata sul corpo di un diritto comune, quello civilistico: « si asserisce al diritto civile propriamente detto il carattere di diritto comune (...) perché in qualità di legge generale dei rapporti giuridici tra le persone, naturali e giuridiche, vi sono espressi i principii fondamentali che il diritto, alimentato da giusta valutazione dei fatti economici e dall'equità, dà a regolarli » (105). D'altronde, è sufficiente guardare alla formazione del diritto privato per rendersene conto: il diritto privato si è affermato come la forma « prevalente », « rimanendo poi al diritto pubblico propriamente detto quelle norme eccezionali fondate nella ragione di essere dell'associazione con carattere di persona giuridica pubblica » (106).

Nell'individuare i tratti della responsabilità non si potrà insomma prescindere da tali certezze, non si potrà guardare alle singole norme ignorando i principii comuni che le sostengono, come non si potrà costruire, partendo da casi 'speciali', nuovi istituti svincolati dalle regole del 'sostrato generale'. I principii indispensabili per la costruzione giuridica devono essere individuati non nelle aree settoriali, ma solo nel diritto che rappresenta l'unitarietà, nel diritto civile, perché « ...nel diritto civile è il diritto comune, quel diritto che più di ogni altro contiene le norme ispirate a generale giustizia » ed è nel diritto civile che « si afferma questa figura del diritto comune qual sostrato generale di diritti speciali » (107).

derivantegli dalla intima e sicura analisi dei rapporti che regola, e dagli atteggiamenti della vita giuridica da cui escono, trae ed assume dal privato quelle figure, quelle nozioni che a questo non sono strettamente proprie, ma che in esso come diritto più ampio, come diritto comune, ebbero natural sede. (...) Così apparirà allo studioso la unità del diritto regolatore dei rapporti umani: e vedrà egli che le differenze ch'escono poi da questa medesima unità, sono le necessarie applicazioni di principii comuni al vario e molteplice atteggiarsi della vita sociale ».

(105) G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2ª ed., pp. 471 e 472.

(106) *Ibidem*, p. 473.

(107) *Ivi*. Cfr. anche p. 521: « ...s'è detto in qual modo il diritto privato, come diritto comune ch'è l'espressione più diretta e completa dei principii di giustizia cui il legislatore deve informare l'opera sua, domini anche in rapporti che, per la qualità delle persone, par non debbano esserne regolati. Il diritto pubblico è diritto eccezionale che sta rimpetto al comune... ».

Solo partendo da tale presupposto la costruzione scientifica della responsabilità dello Stato potrà evitare errori grossolani, come quelli degli autori schierati a difesa dell'irresponsabilità dello Stato; solo accettando la supremazia civilistica si potrà, senza alcuna contraddizione e senza creare privilegi, continuare ad individuare nel Codice la disciplina giuridica di ogni nuovo rapporto e la tutela per tutti i soggetti: « il Codice civile dov'è grande l'ampiezza delle materie regolate, è garanzia sufficiente allo Stato in tutti i fatti giuridici che lo pongono in relazione con i privati » (108).

Solo intendendo come eccezionale rispetto al diritto civile il diritto delle altre discipline, gli istituti giuridici avrebbero potuto conservare un vero sistema ed il giurista — e il giurista per Chironi resta evidentemente solo il civilista — conservare il suo ruolo, fare riferimento ad un diritto ancora unitario e certo, pur nell'accrescersi degli interventi legislativi speciali e nella proliferazione disciplinare. Affermazioni queste che, pur essendo radicate anche nei civilisti più giovani (109), apparivano a fine secolo oramai vecchie e logore a tutta una schiera di autori alla ricerca di una costruzione autonoma degli istituti nella disciplina pubblicistica, il cui diritto dicevano non era possibile configurare come eccezionale, oppure immersi, nel tentativo di liberarsi da una visione pancivilistica, nella costruzione di una « concezione poligenetica del diritto comune », oppure rifacentisi alla visione dell'istituto come *Allgemeine Rechtsform* con l'obiettivo di porre come 'diritto generale', come diritto comune, la 'teoria generale del diritto' (110).

Chironi resta convinto che solo il quadro comune dei principi civilistici possa fornire un ordine, un sistema e la sola vera disciplina possibile della responsabilità. La responsabilità civile codicistica, di cui si era sforzato di appianare ogni contraddizione, resta a suo giudizio la regola di tutti i casi, contiene i principi immodificabili dell'istituto, quelli con cui il giurista deve analizzare ed interpretare i nuovi fatti. La progettualità legislativa volta a modificare tale

(108) G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2^a ed., p. 474.

(109) Cfr., ad esempio gli espliciti richiami a questa parte del lavoro di Chironi presenti in Ludovico Barassi (*Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Soc. Ed. Libreria, vol. I, 1917, 2^a ed., p. 372).

(110) Su questi aspetti cfr. *infra* XI.

assetto deve essere respinta oppure, allorché una legge intervenga a disciplinare una particolare situazione, occorrerà guardarla come norma eccezionale — come 'eccezionali' sono per il nostro giurista tutte le discipline 'distaccatesi' dal grande *genus* civilistico — e come tale non in grado di alterare l'armonia e l'unitarietà del diritto comune e del sistema civilistico.

4. « Responsabilità vera » e « garanzia ».

Il tema della responsabilità della pubblica amministrazione ci ha condotto a seguire quella sorta di conflitto disciplinare che l'affermazione del sistema di diritto comune civilistico della responsabilità imponeva per ribadire la sua indiscussa unicità di modello generale applicabile a tutte le ipotesi. Restavano però ancora irrisolte alcune contraddizioni interne al sistema chironiano, nodi che nella prima edizione del lavoro non erano stati sciolti, fattispecie cui occorreva trovare una adeguata spiegazione. Anche in questo caso la formazione della chiarezza del sistema condurrà verso un conflitto che, per certi aspetti, è solo interno al diritto civile, mentre, per altri aspetti, si indirizza verso una divisione di competenze tra giuridico e non giuridico, tra sfera di azione di principi giuridici 'veri' ed un campo indefinito di provvedimenti considerati non realmente giuridici, ma solo di tipo 'assistenziale' e previdenziale.

Ribadito l'assioma 'nessuna responsabilità senza colpa', risolto con il riferimento alla rappresentanza la questione della 'presunzione assoluta di responsabilità', assorbiti nell'ambito del diritto comune i casi di responsabilità della pubblica amministrazione per colpa dei funzionari, restavano ancora poco chiare le ipotesi di responsabilità del proprietario dell'animale, o di colui che se ne serve, e del proprietario di un edificio, previste rispettivamente dagli articoli 1154 e 1155 del Codice civile. Anche in questo caso Chironi non si accontentava della ricostruzione tradizionale che riconduceva, con presunzioni *juris tantum* o *jure et de jure*, il fondamento di tali responsabilità alla colpa⁽¹¹¹⁾: « il proprietario — afferma Chironi in

(111) Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. V, cit., pp. 501 e ss.; G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., pp. 607 e ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni

riferimento all'articolo 1154 — risponde perché tale, è tenuto perché trae utilità, servigi dall'animale, così deve sottostare alle conseguenze dannose di cui questo può essere causa. Non si tratta di presunzione di colpa contro la quale il proprietario possa esperire la prova contraria, ma di una responsabilità vera, certa, sin dal principio, della quale si può essere liberati solo dimostrando che il danno è derivato dal caso fortuito » (112).

Il tentativo di distaccarsi dalla teoria che vedeva nell'articolo 1154 una presunzione di colpa e vi ammetteva la prova contraria è, come si può notare, contraddittorio: negare la prova contraria ed ammettere al tempo stesso la possibilità di potersi liberare provando il caso fortuito (113) significava aderire nella sostanza a quanto sostenevano proprio i più accesi fautori della teoria delle presunzioni di colpa (114).

L'incertezza esprimeva il poco sicuro fondamento dato a queste ipotesi che erano dapprima classificate tra i casi di *culpa in vigilando* (115), poi fondate invece sul « principio obbligante chi trae utilità da una cosa a subire le conseguenze svantaggiose delle quali può essere causa » (116); principio accompagnato, come dicevamo, da una lunga e dettagliata critica alla teoria delle presunzioni sostenuta dai vari autori della letteratura esegetica, anche se tale sforzo ricostruttivo era infine vanificato dall'accettazione della prova liberatoria.

bibliografiche). In tal senso anche la giurisprudenza: cfr. Cassazione di Firenze, 30 dicembre 1889, in *Il Foro italiano*, XV, 1890, 1, cc. 348 e ss. (con una entusiastica nota adesiva di Giorgio Giorgi) che ribadisce la « presunzione semplice » — « che può essere distrutta da prova contraria » — sancita dall'articolo 1154. Per più ampi riferimenti al dibattito dottrinale sull'articolo 1154 si cfr. U. PRANZATARO, *Della responsabilità civile per il danno prodotto dagli animali (contributo alla dottrina della responsabilità indiretta)*, Appendice del traduttore al libro IX, Titolo primo del *Commentario alle Pandette* di F. GLUCK, Libro IX, Milano, Società Editrice Libreria, 1905, pp. 104 e ss..

(112) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. II, p. 147; cfr. 2^a ed., p. 224.

(113) Critica tale contraddizione C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 816.

(114) Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. V, cit., pp. 515: « Sarà dunque unicamente con la prova del fortuito, o di una colpa del danneggiato, che il padrone dell'animale o chi se ne serve potrà liberarsi dalla emenda del danno ».

(115) Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. I, p. 260.

(116) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. II, p. 142; cfr. anche p. 152.

Si può notare sul punto come tutto il sistema di Chironi affondasse profondamente le sue radici nella letteratura esegetica che il nostro giurista aveva assorbito a fondo; i tentativi di superare le contraddizioni interne al vecchio modello e di elasticizzare i principi tradizionali sono spesso vanificati da uno schema che, pur attingendo alla letteratura tedesca, era ancora interno all'impostazione dei francesi. A frustrare spesso le costruzioni del Nostro c'è proprio la sua forte dipendenza dal modello che intendeva innovare; aspetto che, se emerge solo qua e là dalle contraddizioni ricostruttive, affiora continuamente nell'uso tratlatizio degli esempi, nella organizzazione degli argomenti, nei richiami d'obbligo a posizioni contrastanti di inizio secolo su temi di scarsa rilevanza a fine secolo.

Quid dei colombi? *Quid juris* per i conigli selvatici ed i conigli da conigliera? Questi gravi interrogativi che tormentavano — ad esempio — il buon Toullier nel commentare l'articolo 1385 del *Code civil* ⁽¹¹⁷⁾, sono riproposti dal nostro Chironi che non osa, nell'esemplificare le questioni poste dall'articolo 1154, abbandonare la tratlatizia tradizione esegetica ⁽¹¹⁸⁾. Quello che intendiamo dire, al di là dello *gibier*, è che il nostro giurista stenta a delineare con nettezza il suo sistema proprio per tale profonda immersione della sua opera nella tradizione — ma ciò, per altri versi, costituisce la fortuna del suo sistema — che lo spinge ad affermare ed a negare al tempo stesso le parti più ardite della sua ricostruzione.

Tali incertezze sono presenti anche nella definitiva sistematizzazione data alle tematiche di cui sopra. Nella seconda edizione della colpa aquiliana — siamo, ricordiamolo, nel 1903-1906 — Chironi tiene a precisare sin dalla premessa la nuova idea che ispirerà l'opera: la distinzione tra colpa e *garantia* ⁽¹¹⁹⁾. Come vedremo, il

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. TOULLIER, *Le droit civil français*, cit., VI, pp. 125 e ss. (nn. 302 e ss.); Cfr. anche A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, cit., vol II, pp. 404 e ss. (nn. 1159 e ss); F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, pp. 683 (nn. 635 e ss.).

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. II, pp. 170 e ss.; 2^a ed., vol. II, pp. 256 e ss..

⁽¹¹⁹⁾ «...di nuova indagine è stata oggetto la nozione di *colpa*, in confronto a quella della *garantia*; e nettamente posti i limiti separanti le due figure, all'una od all'altra, secondo la prevalenza di loro caratteri speciali, vennero riadotti i particolari istituti di cui si discorre. Nella qual forma, anche la legislazione intorno gl'infortuni del lavoro

tanto sospirato sistema onnicomprensivo è finalmente raggiunto e le diverse ipotesi di responsabilità — sia quelle previste dal Codice che quelle della legge sugli infortuni — ricevono un fondamento; ma il prezzo che il giurista sardo deve pagare è davvero alto: egli è costretto infatti a negare nella sostanza la stessa ricostruzione unitaria dell'istituto della responsabilità, l'obiettivo primario cui mirava la sua analisi. Chironi è consapevole di ciò e non gli resta, che puntellare la nuova impalcatura con il ricorso a nuove finzioni, più gravi di quelle che aveva cercato a lungo di negare: l'unità del sistema continua ad esistere solo perché, a dire di Chironi, una delle due forme di responsabilità non è, in realtà, una forma di responsabilità.

Lasciamo la parola però al Nostro che è molto chiaro sul punto: « Il concetto cui nell'ordinamento odierno s'informa l'ordinamento legale in tema di responsabilità extracontrattuale è quello che la dottrina romana fissò per via di interpretazione condotta sui termini della l. Aquilia, e dell'*a. iniurarum*: il concorso dell'elemento oggettivo dell'ingiuria e del soggettivo (*colpa: imputabilità dell'offesa*) è reputato essenziale affinché la compiuta tutela del diritto si manifesti con la responsabilità dell'ingiuriante. Questa la regola: che poi la legge ordini talvolta di indennizzare il danno, sebbene non derivante da colpa, obbligando così, meglio che a rispondere di un fatto illecito, a *garantire* contro date evenienze pregiudizievoli (*garantia*) (...) non importa (...). Se ragioni particolari possono giustificare questi provvedimenti (...) la norma fondamentale non muta: *non responsabilità (vera) senza ingiuria, né ingiuria che possa darvi causa, senza colpa* » ⁽¹²⁰⁾.

Come si vede, il sistema si fonda sulla distinzione tra responsabilità per colpa e responsabilità senza colpa, ma la conclusione che il giurista trae da questo riconoscimento della 'divisione' della responsabilità civile è sempre la stessa: 'nessuna responsabilità senza colpa'. L'unica indispensabile aggiunta è quella dell'aggettivo « vera » che viene a designare quanto rimane del modello unico, 'immutabile' della responsabilità aquiliana. I mutamenti insomma ci

rientra, rispetto alle sue linee generali, nei termini della ragione comune ». G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, Prefazione alla seconda edizione.

⁽¹²⁰⁾ G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. I, pp. 33 e 34.

sono ma non sono rilevanti, possono articolare ulteriormente il discorso del giurista ma non cambiarne i princìpi.

È utile guardare più da vicino questa distinzione operata agli inizi del secolo tra responsabilità e *garantia*. Il discorso ci pare rilevante perché mostra le contraddizioni insite nella scelta chironiana di raggiungimento del sociale attraverso una rilettura dell'immutabilità dei princìpi tradizionali, inoltre ci indica come si articoli nel sistema l'opposizione nei confronti dell'intervento legislativo (o, meglio, quel tentativo del giurista di sostituire il legislatore) che caratterizzava la posizione di non pochi civilisti.

Cosa spinge Chironi ad introdurre riferimenti alla presenza di una 'responsabilità' nascente dal solo danno e a parlare finalmente di responsabilità oggettiva? Sostanzialmente una sola esigenza: quella di spiegare giuridicamente la *ratio* della legge, approvata nel 1898, sugli infortuni del lavoro ⁽¹²¹⁾. Sappiamo quale era stata negli anni Ottanta la posizione del Nostro sul tema: rifiuto di un intervento legislativo (sociale) nel diritto privato e tentativo di espansione dell'area dei princìpi tradizionali attraverso il sistema. La distinzione tra questione sociale e questione giuridica era stata utilizzata come linea di confine per l'espansione di settori diversi: da un lato, una lentissima evoluzione giuridica del diritto privato affidata alla scienza; dall'altro, la creazione di un settore 'non-giuridico', previdenziale, determinato da interventi sociali, contingenti e mutevoli, del legislatore.

Agli inizi del Novecento queste scelte determinano ancora il discorso di Chironi, ma occorre chiarire nuovi problemi. È evidente infatti che la legge sugli infortuni è un provvedimento di carattere sociale, ma può davvero il privatista ignorare nella sua ricostruzione questo nuovo aspetto della responsabilità? Può rinunciare alla ricerca della *ratio* giuridica del nuovo provvedimento e non chiedersi come interagisca la nuova legge con il sistema? È evidente, per Chironi, che occorre vedere in quale modo, in « qual forma, anche la legislazione intorno agli infortuni del lavoro rientra, rispetto alle

(121) Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2^a ed., pp. 6 e ss.; 663 e ss.; *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. I, pp. 32 e ss.; 245 e ss.; 605 e ss.. Sulla legge del 1898 si cfr. *infra* X.

linee generali, nei termini della ragione comune » (122). Non si tratta di considerare, quindi, se il sistema sia stato in qualche modo mutato dal nuovo intervento, ma semplicemente di farlo rientrare 'nei termini della ragione comune', di trovare insomma ancora riconferma del precedente assetto attraverso una nuova ricostruzione sistematica.

Negli anni Ottanta l'analisi della responsabilità aquiliana muoveva dall'esigenza di spiegare ancora con il sistema uguale di diritto comune tutta la realtà, di sostituire all'intervento del legislatore l'opera della scienza: la fiducia di Chironi nel Codice era l'espressione della radicata convinzione che anche i nuovi cambiamenti sociali avrebbero potuto essere risolti confidando nell'elaborazione dottrinale degli stessi principi. Il sistema serviva per raggiungere per via interpretativa tutto il sociale e per negare una frammentazione del diritto comune civilistico ad opera del legislatore. Agli inizi del secolo lo stesso discorso conduce — in presenza di una nuova normativa che imponeva la riparazione del danno anche in assenza di colpa — ad accettare sì nel diritto privato la nuova specie di 'responsabilità', ma nel dover allo stesso tempo immunizzare il fondamento 'vero' della responsabilità dal contagio dei nuovi principi. Se il sistema deve espandersi, deve farlo infatti in linea con la tradizione, senza sconvolgimenti nel discorso giuridico di sempre, senza alterare i principi fondamentali; ed il sistema della responsabilità aquiliana non potrà certo essere stravolto da una semplice legge sociale del legislatore. Occorre mostrare allora che anche in questo caso il legislatore non ha inventato nulla, che le simmetrie interne alle relazioni giuridiche fondamentali sono rimaste immutate: la responsabilità senza colpa per gli infortuni sul lavoro si inserirà a fianco di altre eccezioni già esistenti all'unico principio centrale e si mostrerà che dalla nuova ipotesi, come dalle precedenti eccezioni, non si possono certo trarre argomenti per cambiare il sistema. Le ipotesi di obbligazione di risarcimento non fondate sulla colpa ma sul danno non rientrano infatti nella responsabilità, bensì nella *garantia*. La responsabilità resta 'pura', incontaminata.

Il 'rifacimento' dei volumi della colpa extracontrattuale mira solo a ribadire questo concetto di inconciliabilità delle nuove forme

(122) Cfr. sopra la nota 119.

con la responsabilità ed a ricondurre entro l'involucro innocuo della *garantia* le ipotesi che nella prima edizione non avevano trovato adeguata sistemazione.

La « figura della *responsabilità oggettiva*, più propriamente detta *garantia* » ⁽¹²³⁾ viene così invocata per i casi di 'responsabilità pel fatto altrui' sprovvisti di prova liberatoria — non però per il fatto dei commessi e domestici risolto sempre con il riferimento alla rappresentanza ⁽¹²⁴⁾ —, dunque per la responsabilità per i danni commessi da animali ⁽¹²⁵⁾ e per quella per i danni cagionati dalla rovina di un edificio ⁽¹²⁶⁾. Siamo di fronte a due « casi particolari » in cui la 'responsabilità' assume « entità e gravità giuridica speciale », tanto che non siamo più di fronte alla « figura giuridica della *responsabilità vera* » ma alla « *garantia* » ⁽¹²⁷⁾.

L'aver inserito le due figure controverse disciplinate dagli articoli 1154 e 1155 del Codice entro la *garantia* assume una particolare rilevanza nel momento in cui si chiarisce l'intervento del legislatore in tema di infortuni sul lavoro: in questo caso — si afferma — siamo di fronte ad obblighi di risarcimento provenienti dal solo verificarsi del danno, ma non si tratta di niente di rivoluzionario, non c'è niente di nuovo nei princìpi, abbiamo solo una nuova ipotesi di *garantia* e il giurista sa « non essere la *garantia* idea nuova che ragioni sociali consigliarono, ma idea già contenuta nel movimento giuridico » ⁽¹²⁸⁾.

I casi di responsabilità senza colpa possono essere quindi final-

⁽¹²³⁾ G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. II, p. 116.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. I, pp. 370 e ss..

⁽¹²⁵⁾ Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. II, pp. 219 e ss..

⁽¹²⁶⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 264 e ss.; e p. 300: « nella cosiddetta responsabilità pel danno cagionato dagli animali o dalla rovina dell'edificio non è possibile la prova contraria (...) » e , più che ad una responsabilità, siamo di fronte all'« onere di garantire ».

⁽¹²⁷⁾ G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. II, p. 301; cfr ancora p. 310: la *garantia* « è determinata dalla ingiuria oggettiva, e può esistere senza ingiuria di sorta; ma in ogni caso richiede, di regola, l'*avvenimento del danno*, manifestandosi per la natura sua con l'obbligazione di risarcire: in essa non è questione d'ingiuria (oggettiva e soggettiva) e di *responsabilità vera* ».

⁽¹²⁸⁾ G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. II, p. 605. In tal senso la distinzione è mantenuta anche in G. P. CHIRONI e L. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, *Parte generale*, Torino, Bocca, 1904, pp. 509 e ss..

mente ben analizzati, ma quanto più ci si allontana dal modello fondamentale, si notano contenuti diversi da quello della colpa e si chiarisce il riferimento al rischio, tanto più si tiene a precisare che si sta parlando non della responsabilità, ma della *garantia*. E la *garantia* altro non è che « l'ordinamento di eccezione di fronte al principio della responsabilità vera » (129), e come tale da non porre a base di alcuna teoria generale e da non estendere per analogia (130), da tenere se possibile confinato in leggi speciali e da non confondere in alcun modo con la « vera responsabilità », perché « responsabilità senza colpa non può essere » (131).

Appare evidente, in realtà, che l'unitarietà dell'istituto della responsabilità naufraga sullo scoglio della responsabilità oggettiva: l'opera che doveva celebrare i fasti della responsabilità per colpa nella smagliante veste della ricostruzione sistematica era diventata un povero abito pieno di troppi rattoppi. Attorno alla responsabilità vera, come la chiama Chironi, le 'eccezioni' crescono ed il giurista può solo classificarle come nuove forme di *garantia* senza dar troppo peso all'intreccio crescente tra le nuove zone e le antiche, e ai mutamenti complessivi di contenuto e di funzioni dell'istituto civilistico.

Si può, certo, affermare che il legislatore non ha inventato niente di nuovo ed essere di tanto paghi; intanto però le pagine della seconda edizione sono alla continua ricerca di una, oramai impossibile, coerenza ricostruttiva, tra una responsabilità in senso generale e improprio ed una in senso proprio, tra — ci sia perdonato il

(129) G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. II, p. 617. Si cfr. anche p. 605: « ragione diretta della *garantia* è il rischio, non il comportamento illecito »; la *garantia* ricorre quando la responsabilità manca, « non è dovuta perché nell'obbligato sia vera responsabilità per effetto d'*ingiuria* da lui commessa, ma perché è tenuto a risarcire il danno cagionato ». La *querelle* terminologica, indotta dall'affermarsi delle teorie della responsabilità fondate sul rischio, trovarono tra Otto e Novecento ampio spazio soprattutto in Francia; cfr., in sintesi, R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, cit., vol. I, pp. 351 e ss..

(130) Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2^a ed., vol. II, p. 613.

(131) *Ibidem*, p. 612. Sulla distinzione tra « responsabilità vera » e « *garantia* » in riferimento alla legge sugli infortuni cfr. *ibidem*, pp. 664 e ss.. Chironi restò legato a queste convinzioni anche negli anni successivi: una ferma difesa della sua distinzione può leggersi in una lunga nota a sentenza del 1915 (G. P. CHIRONI, *Colpa e risarcimento*, in *Rivista di diritto commerciale*, XII, 2, 1915, pp. 111 e ss., in particolare a pp. 125 e ss.).

bisticcio — una responsabilità che non è responsabilità ed una responsabilità che è responsabilità, tra forme pure e vere e forme non giuridiche. A distinguere « *garantia* » e « responsabilità vera » c'è solo l'aggettivo usato dal giurista; ed è il valore pregnante attribuito a tale aggettivo a sostenere ancora l'armonico sistema fondato solo sulla colpa. Sarebbe stato necessario far scomparire la cieca fiducia nell'aggettivo 'vera' che sorreggeva la forma di responsabilità ereditata dalla tradizione civilistica, affinché il giurista sardo potesse mostrarsi disponibile a ripensamenti e ad analisi più spregiudicate; ma il povero Chironi che intendeva celebrare la coerenza sistematica della massima 'nessuna responsabilità senza colpa' non poteva certo trasformarsi nel suo esecutore testamentario.

Restringere il campo della responsabilità ('vera') per far spazio alla 'garantia' era quindi una scelta inevitabile, come inevitabile era ricostruire l'istituto della responsabilità con finzioni ed eccezioni destinate ad accrescersi. L'unitarietà del diritto era sempre più minacciata e i nuovi dati normativi interagivano con le costruzioni consolidate, sfilacciando e ricomponendo in nuove trame i fili della tessitura. Si pensi, del resto, alla nuova aggregazione operata dallo stesso Chironi nella 'garantia' delle ipotesi codificate del danno cagionato da animali e dagli edifici in rovina: quelle che nella prima edizione erano non meglio definite « eccezioni » confluiscono ora in quell'istituto così vago della *garantia* sotto il cui manto innocuo il giurista ha raccolto la informe creatura prodotta dal legislatore con la legge sugli infortuni sul lavoro.

Il sistema da usare in senso espansivo è stato dunque sconfitto; non resta che usare il sistema a difesa del nucleo 'vero' del giuridico, contro lo sconvolgimento dei suoi principi. Al giurista non resta che creare uno spazio per i nuovi tasselli legislativi nel vecchio mosaico per esorcizzare possibili 'rivoluzioni': il legislatore non fa che ripetere infatti quanto era già presente nel diritto comune, aggiunge per ragioni sociali un'eccezione a delle eccezioni che erano già presenti nel sistema.

Solo in questo modo la scienza nella 'vera' costruzione giuridica guarda al sociale: il legislatore può, certo, introdurre nuove forme di 'responsabilità', ma non per questo cambia la vera responsabilità, non per questo muta il giuridico che non può essere capovolto con un tratto di penna o assecondare il sociale negando se stesso. Il

legislatore non può 'sconvolgere' il giuridico perché esso appartiene comunque ai giuristi. Pur nella sconfitta del sistema come alternativa all'intervento sociale-speciale, resta opera esclusiva della scienza giuridica l'immissione del nuovo tassello nell'antico mosaico — la responsabilità del datore di lavoro per gli infortuni incorsi agli operai può esser posta, magnificenze del sistema del giurista, con quella dei padroni dei conigli, dei piccioni e degli edifici in rovina —; operazione che si rivelerà meno sterile di quanto non potesse apparire allora agli stessi giuristi.

Nella disgregazione dell'unitarietà del diritto comune il sistema del Nostro si riduceva, insomma, solo ad una misura protettiva della tradizionale configurazione dell'istituto; era lì a salvare il diritto civile dalla frammentazione ricorrendo a nuove finzioni: solo in tal modo l'assioma 'responsabilità vale colpa' poteva rimanere la base unica della ricostruzione, solo in tal modo si poteva ancora credere in un diritto comune civilistico generale ed immutabile.

CAPITOLO SESTO

GIACOMO VENEZIAN: IL TORTO COME REALTÀ OGGETTIVA SOCIALE.

1. L'autore e l'opera: *Danno e risarcimento fuori dei contratti*. — 2. Una « sanzione » per ogni torto: per una trasposizione civilistica dei modelli della scuola positiva. — 3. Responsabilità del patrimonio.

1. *L'autore e l'opera*: Danno e risarcimento fuori dei contratti.

La responsabilità civile nel sistema di Chironi era tutta 'scoperta' partendo dalla colpa: il danno, mera appendice dell'*iniuria*, era collocato in un angolo irrilevante, non aveva di per sé peso e non era considerato come un elemento della responsabilità aquiliana. Il sistema della colpa tentava di conservare inalterata l'unitarietà del diritto comune e di fornire risposte ancora valide ai laceranti problemi emersi tra gli anni Settanta e Ottanta. Abbiamo seguito sino agli inizi del secolo l'itinerario chironiano e conosciamo le ambiguità e le manchevolezze della sua ricostruzione, ma sappiamo anche della sua notevole fortuna; una fortuna che può comprendersi solo alla luce del profondo radicamento dell'opera nella tradizione civilistica di cui erano rispettati gli assiomi fondamentali. Il giurista ribadiva la supremazia degli antichi principi e respingeva ogni contaminazione del suo modello con valutazioni esterne di tipo meramente sociale o previdenziale, operava all'interno del legalismo della scienza giuridica tradizionale, elasticizzandone gli strumenti di lavoro, ma senza alterarne in sostanza le basi. Ed è proprio tale incardinamento nella tradizione che detta le contraddizioni del sistema: Chironi, tra Otto e Novecento, non può che sistematizzare l'unità perduta in un fragile quadro teorico attraverso la poco rigorosa divisione tra la « responsabilità vera » della tradizione e la « garanzia » necessaria per

tutelare le nuove situazioni. Il rigore del sistema e la ricerca dell'unità si concludevano con una accentuazione delle finzioni e con una unità puramente fittizia.

Nel confronto con l'itinerario chironiano si può meglio caratterizzare la particolarità dell'opera del giurista triestino Giacomo Venezian ⁽¹⁾. Lo scritto cui si fa riferimento — e alle cui vicende editoriali dovremo fare in seguito un breve cenno — si data approssimativamente 1884/1886. Siamo quindi negli stessi anni in cui Chironi dà alle stampe la prima edizione della colpa contrattuale ed extracontrattuale, ma già nella intitolazione, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, si può scorgere una scelta opposta a quella del giurista sardo.

La dimensione oggettiva del danno assume nell'opera un rilievo immediato che suona come contrapposizione polemica della posizione della vittima, del danneggiato, alla preminenza della introspezione soggettiva della colpa del danneggiante. La ricerca di un sistema unitario attraverso cui aggregare i multiformi aspetti della responsabilità è tutta svolta da Venezian partendo dal basso, dalla oggettività del torto, dal verificarsi del danno, e ricostruendo poi attorno all'elemento sino ad allora più trascurato dalla civilistica tutto il sistema. Siamo di fronte ad un'opera caratterizzata da un realismo fortissimo: non solo mancano i lussi di esegesi soggettivistiche e non ci si abbandona al solito gioco di introspezione e di graduazione della diligenza dei singoli; ma c'è anche una forte tensione sociale che si traduce in un disegno lucidissimo che rifugge da accomodamenti sofisticati, da compromessi con la tralatizia tradizione antecedente e da compiacimenti legalistici.

Collocata nel clima della civilistica degli anni Ottanta l'opera risulta eretica, eversiva. È sufficiente per ora richiamare due soli suoi

(1) Giacomo Venezian si laureò a Bologna nel 1882, studiò poi a Roma con Filomusi Guelfi; insegnò diritto civile a Camerino (dal 1887 al 1895) e poi a Messina. Su di lui sono di una qualche utilità solo gli scritti di Bartolomeo Dusi (*L'opera scientifica di Giacomo Venezian e di Gian Pietro Chironi*, cit.) e Vittorio Polacco (*Giacomo Venezian*, Commemorazione letta nell'Aula Magna della R. Università di Padova il 16 gennaio 1916, edita in *Rivista giuridica d'Italia*, 1916) poi in V. POLACCO, *Opere minori*, Parte II, *Tendenze scientifiche e didattiche nella scuola italiana di diritto civile dopo il 1850*, cit.. Per ulteriori indicazioni si rinvia a P. GROSSI, 'Un altro modo di possedere', cit., p. 214 e 215 in nota.

tratti: la carica iconoclasta nei confronti delle ricostruzioni soggettivistiche della civilistica francese ed italiana, accompagnata da una lettura del dato normativo che è assolutamente libera da ogni timore reverenziale nei confronti del legislatore e della pesante eredità degli interpreti esegeti; l'attenzione estrema nei confronti della realtà sociale dei primi anni Ottanta che si traduce in una ricostruzione dell'istituto con marcate colorature antiindividualistiche ⁽²⁾.

C'è, inoltre, una scelta per il sistema che è tanto rigorosa quanto poco ridondante è la sua proclamazione: in Chironi la scelta di metodo « per la scienza » è il manifesto rumoroso anteposto all'opera, manifesto sicuramente più innovatore dell'opera stessa; in Venezian l'esaltazione della scienza e del metodo sistematico appaiono solo dal contesto dell'analisi giuridica, a testimoniare che la scienza « non è scopo a se stessa ma mezzo alla vita » e che i civilisti non possono « lasciarsi assorbire, stiliti infecondi, dallo sterile piacere delle meditazioni solitarie » ⁽³⁾. La trama del sistema è funzio-

⁽²⁾ Insiste sull'antiindividualismo di Venezian, in riferimento ai suoi primi scritti sui diritti reali, P. GROSSI, *'Un altro modo di possedere'*, cit., p. 265. Sulle caratteristiche di tale antiindividualismo applicato allo studio della responsabilità extracontrattuale occorrerà ritornare in seguito; per ora è sufficiente notare solo che esso non può essere valutato pienamente dal punto di vista della modellistica novecentesca delle relazioni tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. In tale ottica infatti esso può apparire più di tipo negativo, volto cioè alla sola distruzione del modello soggettivo della responsabilità per colpa, che di tipo positivo, volto a ricostruire su basi effettivamente sociali l'intero istituto. Il sistema di risarcire il danno considerando il solo rapporto di causalità, infatti, sopperisce alla perdita oggettiva, ingiusta, subita dalla vittima, ma non muta niente a livello distributivo tra chi ha mille e chi ha dieci. L'elemento sociale si manifesta solo negando l'individualismo della colpa, ma non l'individualismo possessivo. La regola della responsabilità appare in effetti perfettamente neutra nei confronti dell'assetto individualistico-proprietario. Giova però precisare: l'utilizzazione della responsabilità civile come strumento redistributivo di politica socio-economica era del tutto estranea alla mentalità ottocentesca (ancora oggi è giudicato da molti scandaloso far interferire tale criterio 'pubblicistico' con il diritto privato; cfr. sul punto le osservazioni di S. RODOTÀ, *Funzioni e modelli della responsabilità civile*, cit., in particolare il paragrafo intitolato « La nuova responsabilità civile: un 'diritto pubblico mascherato'? ») ed era assente anche dalle pagine di Venezian che pur accentuò nella sua ricostruzione gli aspetti sociali pubblicistici; il modello di Venezian non può essere valutato in astratto riferimento alla sua corrispondenza al modello individualistico proprietario, ma va considerato nella concretezza degli anni Ottanta del secolo scorso, guardando a quali vittime, a quali danneggiatori faceva concreto riferimento la sua analisi.

⁽³⁾ G. VENEZIAN, *Reliquie della proprietà collettiva in Italia* (Discorso letto il giorno

nale alla concretezza del discorso ed il giurista non si abbandona, per amore delle simmetrie, in un gioco di corrispondenze logiche senza alcun contatto con la vita.

Il sistema di *Danno e risarcimento fuori dei contratti* ha una caratteristica ulteriore, di estrema importanza per la comprensione dell'opera: è il tentativo di tradurre nel diritto civile i temi, le istanze, le acquisizioni della scuola positiva di diritto penale. Lo scritto vuole essere un ripensamento radicale delle categorie del diritto civile, ed in particolare del suo modello individualistico, operato attraverso una trasposizione dei concetti emergenti nel settore giuridico a giudizio del giovane autore più avanzato scientificamente. Si mira quindi non solo a riscontrare la 'grande unità' dei concetti e delle regole civilistiche, ma anche a mostrare quest'ordine corrispondente ai fondamenti della scuola di diritto positivo.

Le teorie di Ferri esercitavano agli inizi degli anni Ottanta un fascino indubbio su non pochi giuristi: in anni in cui la civilistica, in rivolta contro l'esegesi, ricercava una nuova identità disciplinare ispirandosi confusamente ai 'fatti sociali', al darwinismo, all'evoluzionismo, all'organicismo e alla sociologia (4), il metodo della scuola positiva aveva per molti civilisti una sorta di primato epistemologico nel giuridico cui occorreva senza mezzi termini adeguarsi (5).

20 novembre 1887 per l'inaugurazione degli studii nell'Università di Camerino), Camerino, 1888, poi in G. VENEZIAN, *Opere giuridiche*, vol. II, *Studi sui diritti reali*, Roma, Athenaeum, 1920, p. 3.

(4) Cfr. i riferimenti *infra* Capitolo IV.1.

(5) È sufficiente pensare ad alcune recensioni comparse nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche ed economiche*, nel 1885 a firma di G. A. PUGLIESE. Recensendo il volume di Pietro Cogliolo *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, si segnalava come il mutamento nel campo degli studi civilistici fosse inevitabile « imperciocché al rinnovamento degli studi e delle dottrine penali, non poteva non seguire un principio di nuova vita negli studi e nelle discipline civili: ed agli sforzi ed alle ricerche dei psichiatri e penalisti non potevano tardare a rispondere quelli dei cultori del diritto privato, il quale non può non concorrere a fornire le basi alle teorie della scienza sociale » (vol. III, 3, p. 76). E pochi mesi dopo, scrivendo a proposito di *La nuova fase nel diritto civile nei rapporti economici e sociali* di Enrico Cimbali, indica in questo scritto « il punto di partenza di un movimento di rinascenza vera, sincera profonda nelle materie del diritto civile, nelle quali pereva oramai morta ogni vita » (vol. III, 4, p. 108). Per uno sguardo d'insieme alla penalistica del periodo cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in (A. SCHIAVONE, a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, cit. p. 147 e ss..

Venezian è ben immerso nel clima di questi anni (6); ma nel suo caso a questi riferimenti generali occorre aggiungere dei dati particolari: lo stretto contatto avuto a Bologna con Ferri e la scelta di trasporre il nuovo metodo nel diritto civile utilizzando una ricerca tecnica e non, come era costume del periodo, una generica prolusione senza particolari approfondimenti dei principi di alcun istituto. Presentato come tesi di laurea a Bologna nel 1882, poi ripensato e riscritto negli anni del soggiorno romano presso Filomusi Guelfi, lo scritto di Venezian reca, come vedremo, marcatissima l'impronta della formazione bolognese, ferriana, del giovane studioso. Il tema del danno extracontrattuale è sulla scia di Ferri inserito tra le 'reazioni' contro le azioni che turbano l'ordine sociale, ed è guardato senza « pregiudizi metafisici », 'liberandosi' dal predominio assoluto del criterio della 'colpabilità morale' e dalle sue contraddizioni. L'intento non è certo quello di proporre un informe accostamento di temi di diritto penale e di temi civilistici, bensì quello più ambizioso di ricostruire unitariamente l'istituto della responsabilità extracontrattuale e di fornire risposte ai problemi irrisolti della tradizione civilistica.

Negli anni Novanta altri percorreranno, suggestionati da Ferri e dalla scuola positiva, con maggior ardore la strada dell'abbattimento della 'antica e formalistica' divisione tra diritto civile e diritto penale, tentando in particolare di eliminare ogni differenza qualitativa tra colpa civile e penale (7); proposte spesso richiamantisi a Vene-

(6) Basti confrontare le pagine introduttive di *Danno e risarcimento fuori dei contratti* — ed in particolare i paragrafi « Svolgimento del diritto » e « L'ideale nel diritto » — fitte di richiami a Spencer, a Sumner Maine e all'esigenza di rendere « primo ufficio della scienza (...) quello di determinare la vera utilità sociale » (p. 12). In tempi di sì profonda crisi di modelli ideali di riferimento e di affannosa ricerca di nuovi, è bene — a giudizio di Venezian — che i giuristi parlino chiaro: « mi pare che nello stato presente delle menti, non sia inutile di cominciare dal fare un po' di professione di fede, per porre dei capi saldi ad una qualunque trattazione scientifica » (*ivi*). Un'ulteriore testimonianza degli interessi per gli studi etnologici, sociologici e comparativistici si può trarre dallo scritto *La causa nei contratti* (riproduzione della seconda e definitiva ed., Roma, 1892), in *Opere giuridiche*, vol. I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, Athenaeum, 1919, pp. 378 e ss..

(7) Camillo Cavagnari vi insiste sulle pagine de *La scuola positiva nella giurisprudenza penale*, in particolare negli scritti: *Le ragioni della parte lesa nella giurisprudenza*, III, 12 (30 giugno 1893), pp. 562 e ss. [poi ancora: III, 14 (31 luglio 1893), pp. 645 e ss.;

zian⁽⁸⁾, ma tutte inferiori, nella consistenza tecnica e nella lucidità espressiva, all'opera del giurista triestino che resta un evento singolarissimo nel quadro della cultura giuridica italiana di fine Ottocento.

Se la cifra culturale dell'opera di Venezian non può essere intesa che in riferimento alla 'passione penalistica' dei suoi primi anni di studio, occorre però anche non appiattirla a questo solo riferimento. A caratterizzarla convergono infatti altri fattori che contribuiscono a staccarla da gran parte della civilistica di quegli anni: Venezian ha una buona conoscenza della letteratura tedesca e dell'ABGB austriaco ed è inoltre uno dei pochissimi giuristi a richiamarsi negli anni Ottanta all'ordinamento di *common law* e ai *torts*. Il diritto inglese ha in particolare agli occhi di Venezian il vantaggio di aver utilizzato una nozione estremamente ampia di « torto », una nozione non separata rigidamente dal diritto penale: il « torto » è da considerare « come ogni opposizione al diritto » cui si collega

III, 15 (15 agosto 1893) pp. 696 e ss.]; *La responsabilità civile del tipografo*, III, 23/24 (15/31 dicembre 1893) pp. 1104 e ss. [alle pp. 1109 e ss. si può leggere una confusa 'precisazione' di Ferri sull'argomento]; e infine *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, V, 6 (dicembre 1895), pp. 345 e ss.. « Il diritto civile e il diritto criminale — scrive Cavagnari — tendono irresistibilmente ad avvicinarsi, tanto che in alcune delle teorie generali e fondamentali finiranno col fondersi in virtù della verità, oramai inconcussa, dovuta alla scuola positiva, e cioè che la *temibilità* o la *pericolosità* dell'individuo sarà il criterio, per il quale verrà determinata l'azione o della legge penale o della legge civile nella sfera degli atti antisociali e antiggiuridici, reclamandosi la prima laddove condizione di *antisocialità* o *antigiuridicità* sarà più grave e la seconda in tutti gli altri casi » (*op. ult. cit.* p. 345). Sul punto cfr. ancora *infra* VI. 2; su Cavagnari si cfr. invece ancora *infra* cap. VIII. 1. In più specifico riferimento al tema della colpa si cfr. A. ANGIOLINI, *Colpa, risarcimento e pena*, in *La scuola positiva*, IX, 8 (agosto 1899) pp. 449 e ss.. Per dei riferimenti all'influenza avuta da Ferri in Francia sulla formazione della teoria del rischio, cfr. H. MAZEAUD-L. MAZEAUDI-L. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, cit., pp. 74 e ss..

⁽⁸⁾ Cfr. in particolare A. ANGIOLINI, *Colpa, risarcimento e pena*, cit., p. 450. Lo scritto giovanile del « valoroso civilista » Venezian costituisce, secondo Angiolini, una delle poche eccezioni all'interno della « miniera inesauribile » di contraddizioni presenti sulla questione nella dottrina civilistica (richiama soprattutto Chironi, Giorgi e Ferrini) e « dell'assurdo in cui si avvolge la nostra legislazione » (p. 456). Per l'A. non esiste alcuna distinzione qualitativa tra colpa extracontrattuale, contrattuale e penale: presentano tutte un unico fatto avente diverse graduazioni: « l'essenza del fatto è identica, esso rivela una temibilità, una antisocialità e i provvedimenti che si prendono non rappresentano altro che la difesa sociale » (p. 457).

immediatamente e generalmente un'azionabilità giudiziaria ⁽⁹⁾. Un riferimento che è in chiara contrapposizione polemica alla tradizione romanistica: « nei sistemi di diritto che si sono formati sotto l'influenza del diritto romano, la teoria del danno e del risarcimento è confinata in un angolo, della teoria delle obbligazioni, e gli scrittori non assurgono d'ordinario al concetto generale del torto, a cui per necessità logica va collegato immediatamente » ⁽¹⁰⁾.

Interdisciplinarietà, analisi di diritto comparato, critica nei confronti degli idolatrismi della tradizione romanistica e consapevolezza di dover guardare oltre i dati normativi forniti dal Codice sono le caratteristiche che contribuiscono a formare una interpretazione iconoclasta degli articoli 1151 e seguenti; interpretazione ardita soprattutto perché Venezian tiene a conservarla sul piano del diritto positivo e non a renderla vaga progettualità *de jure condendo* ⁽¹¹⁾. In

⁽⁹⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, cit., pp. 1; 2 e 16 e ss.. Va notato come Venezian non assuma al centro del suo discorso i *torts* come singole figure particolari, ma un concetto unico e generale di *tort*. L'utilizzazione al singolare del termine era tutt'altro che pacifica nei paesi di *common law*: com'è noto, il tentativo di sviluppare una « parte generale », un concetto generale di *tort* ha costituito uno dei maggiori sforzi della giurisprudenza anglo-americana di questo secolo. Cfr. M. SARFATTI, *La nozione del torto nella dottrina e nella giurisprudenza inglese. Appunti*, Con Prefazione di G. P. Chironi, Milano, 1903; M. RHEINSTEIN, *Common Law-Equity*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, 1960, (pp. 914-973) pp. 964 e ss.; J. G. FLEMING, *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, 1985 (2. ed); G. E. WHITE, *Tort Law in America. An Intellectual History*, New York-Oxford, Oxford university press, 1980. Lo scritto di Sarfatti contiene un riferimento critico a Venezian (p. 2) che è collocato tra i fautori delle tendenze verso il 'semplicismo', rappresentanti un « doloroso regresso », un « evidente abbandono di tutta l'evoluzione della scienza sinora compiuta ». L'Autore è un convinto sostenitore di Chironi e, fondandosi sul principio che « la colpa può dirsi l'elemento sufficiente e necessario della responsabilità » (p. 10), interpreta il diritto inglese dando soprattutto rilievo alla capacità dei giudici di adeguare il principio della 'colpa' alle nuove situazioni sociali.

⁽¹⁰⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 1. Cfr. ancora p. 9: « ...coll'intento lodevole di promuovere lo studio del Diritto Romano, onde si traggono ammaestramenti insuperati sul modo di formulare le dottrine giuridiche, si ripetono delle proposizioni avventate, come il Diritto Romano è la ragione scritta, che mirano a mummificarci nella contemplazione sterile d'un complesso di regole adatte a una società di quindici secoli fa ».

⁽¹¹⁾ Una lettura che l'Autore si sforza di comprovare tentando di mostrare la scarsissima attenzione dedicata ai profili soggettivi già nel diritto romano. Cfr. G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., pp. 75 e ss..

questa prospettiva applicativa non si mira ad una critica nei confronti del diritto romano, bensì ad una sua rilettura conforme al modello proposto: occorre rintracciare tutti gli elementi non riconducibili alla responsabilità per colpa e contrastanti con le sue linee, proporre una ricostruzione oggettiva dell'intero modello della responsabilità extracontrattuale — Venezian non usa, ad esempio, come 'argomento forte' quello degli infortuni sul lavoro — e ottenerla trasformando le intere basi tecniche dei principi consolidati sul punto e prospettando perciò un'interpretazione oggettiva anche del diritto romano.

Il modello interpretativo proposto è quindi nel suo complesso rigorosamente unitario e 'oggettivo', ed è con esso che l'Autore intende far corrispondere il diritto privato degli anni Ottanta alle nuove esigenze di giustizia sempre più tradite dalle interpretazioni esegetiche, individualistiche, sorde di fronte ai problemi sociali. La sostituzione del nesso di pura causalità alla responsabilità per colpa, il riferimento al dato oggettivo del patrimonio e non alla persona, la valutazione del danno nella sua rilevanza sociale sono gli strumenti mediante cui ci si propone di scalzare tecnicamente le finzioni ed i sofismi delle analisi soggettivistiche, e sono anche il mezzo indispensabile per ridare nella situazione degli anni Ottanta un fondamento unitario alla responsabilità lacerata dai nuovi problemi.

Anche per Venezian l'unità del sistema civilistico è il bene da salvaguardare; per questo scopo egli è disposto non solo a rinunciare al modello soggettivistico, ma anche ad accodare la civilistica al carro scienziata della nuova penalistica. La proposta è ferma, coraggiosa e priva di compromessi al punto da essere nel suo rigore logico spesso più spietata ed ingiusta delle ingiustizie che intende denunciare. Ci soffermeremo meglio in seguito su questi aspetti, quello che ora ci preme sottolineare è invece che lo scritto di Venezian rappresenta l'emersione più consapevole nella coscienza giuridica postunitaria di insoddisfazioni diffuse verso il modello dominante nelle ricostruzioni della responsabilità: consapevolezze non vaghe, perché verificate nelle 'necessità sociali' evidenziate dalle carenze di giustizia presenti nei gangli tecnici di un istituto civilistico fondamentale.

Venezian anticipa in maniera radicale temi e soluzioni che la civilistica italiana più accorta accoglierà in maniera parziale più di un decennio dopo. Negli anni Ottanta il giurista triestino è in Italia un

« precursore »⁽¹²⁾, ed è come tale completamente isolato. Una solitudine che può forse in parte spiegare il rapporto tormentato avuto dall'autore con l'opera: prima, come sappiamo, sua dissertazione di laurea a Bologna nel 1882, poi rielaborata negli anni dal 1884 al 1885, segnalata come compiuta nel 1886, l'opera non fu mai pubblicata. Circolò un numero esiguo di copie « senza frontespizio, senza data, senza nota di tipografia »⁽¹³⁾; un tentativo di stampa nel 1895 non fu portato a compimento e fu finalmente edita solo postuma nel 1919 nel primo volume delle *Opere giuridiche*. Una consistente parte del lavoro non fu portata a termine e se ne conserva solo un abbozzo di indice; alcuni paragrafi furono distrutti dall'Autore che li strappò anche dai pochi esemplari in circolazione⁽¹⁴⁾.

Una giustificazione dell'interruzione del lavoro è fornita dallo stesso Venezian che in un suo scritto sulla causa nei contratti, richiamando il principio per cui « la conseguenza generale del torto è la responsabilità di chi ne è causa », scrive: « Questa che si può designare *la teoria della responsabilità oggettiva*, avevo tentato di svolgere in un lavoro che interruppi, per il bisogno intellettuale e per il dovere scientifico di non restringere il mio studio ad un fenomeno isolato, e di provarmi a collocarne i risultati con tutta una nuova analisi del sistema delle obbligazioni »⁽¹⁵⁾.

Una configurazione oggettiva della responsabilità extracontrattuale così rigorosa come quella sostenuta nello studio giovanile non poteva in effetti essere immessa nel sistema delle fonti dell'obbligazione senza stridere fortemente con una visione del contratto quale

⁽¹²⁾ « Opera ardata e nuova (per i tempi in cui fu elaborata): così ardata da sgomentare il pubblico studioso di quegli anni, così nuova da essere la voce di un precursore ». L'espressione è di Ludovico Barassi che dedicò al lavoro di Venezian una lunga e attenta 'recensione-ricordo' in occasione della sua pubblicazione postuma nelle *Opere giuridiche*. L. BARASSI, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XVI, 1 (1918), p. 575.

⁽¹³⁾ Così nella *Prefazione dei compilatori e degli Editori* al primo volume delle *Opere Giuridiche*, cit., pp. II e ss. (la raccolta e l'edizione delle opere di Venezian fu curata da Brini e da Osti).

⁽¹⁴⁾ Cfr in *ibidem*.

⁽¹⁵⁾ G. VENEZIAN, *La causa nei contratti*, cit., p. 375.

signoria assoluta della volontà dei singoli ⁽¹⁶⁾: occorre un ripensamento globale del diritto delle obbligazioni che — se condotto sviluppando la linea teorica dello scritto sul danno aquiliano — avrebbe dovuto rovesciare completamente sulla questione quasi tutti i solidissimi dogmi della civilistica ottocentesca. Trattazione questa che Venezian maturo civilista non ebbe mai il coraggio di affrontare ⁽¹⁷⁾.

Né la 'fortuna' delle pochissime e citatissime copie dello scritto in circolazione, né i ripetuti inviti a pubblicarlo, convinsero Venezian a ritornare sul tema o a dare 'ufficialità' all'opera, che ci è giunta perciò nella veste imperfetta della stesura provvisoria. Forse, però, sta proprio nell'incompiutezza il fascino maggiore dello scritto: Venezian può concedersi infatti dei lussi che in una trattazione minuziosa dell'argomento, come quella di Chironi, non avrebbe potuto permettersi, può soffermarsi a tracciare le grandi linee del disegno complessivo senza farsi soffocare da una visione casistica che avrebbe reso difficile l'allontanamento dall'interpretazione esegetica, può essere più spregiudicato nel condurre alle estreme conseguenze logiche l'impianto teorico mutuato dalla scuola positiva. Aspetti questi che indubbiamente contribuirono a impedire che il più riflessivo civilista maturo desse alle stampe l'opera, ma che la rendono più immediata, più lucida, più efficace nella critica e nelle proposte ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Il contrasto si può chiaramente scorgere in *Danno e risarcimento fuori dei contratti* nella rigida contrapposizione tra responsabilità contrattuale, tutta riconducibile all'autonomia contrattuale dei privati, e responsabilità extracontrattuale ricostruita secondo 'l'utilità sociale'.

⁽¹⁷⁾ Pochi sono i riferimenti del Venezian maturo all'argomento che venne quasi completamente abbandonato. Com'è noto, gli interessi di Venezian furono accentrati, a partire dalla prolusione camerte del 1887, sul tema dei diritti reali e sull'usufrutto in particolare. Si confrontino comunque i pochi cenni dedicati al tema nel *Saggio di un manuale di diritto privato*, in *Opere giuridiche*, III, *Scritti vari giuridici, sociali e politici*, Roma, Athenaeum, 1925, pp. 18 e ss..

⁽¹⁸⁾ Barassi che considerò, forse non a torto, l'opera come la più riuscita tra quelle di Venezian, ammirava la nitidezza del disegno, ma ne criticava la troppo disinvolta lettura del diritto positivo. Luci ed ombre dell'opera di cui lo stesso Venezian aveva piena consapevolezza: «L'impressione che ho personalmente ricevuto nelle lunghe conversazioni e discussioni (...) è che il V. amasse questo suo primo lavoro, ma l'amasse come si ama un figliolo che malgrado molte belle qualità non sia riuscito secondo il

2. *Una 'sanzione' per ogni torto: per una trasposizione civilistica dei modelli della scuola positiva.*

Danno e risarcimento fuori dei contratti è stato definito come « il ponte di passaggio » dai « primi amori » di Venezian per il diritto penale al diritto civile (19). Non solo di transizione però si tratta: siamo di fronte al tentativo di trasporre nel diritto civile idee, concetti, metodi di analisi della scuola positiva. Tutta l'opera reca infatti fortissima l'impronta di alcune idee di Ferri che Venezian aveva appreso durante le lezioni bolognesi del giovane Maestro.

La 'passione penalistica' dei primi anni di studio del futuro illustre civilista è testimoniata da due scritture, comparsi nel 1882 nell'*Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, in cui il giovane studente del III anno della Facoltà di Legge si rivolge a Ferri indicandolo come suo Maestro di « metodo positivo » (20) e si cimenta in « misurazioni antropometriche »; scritti in cui il lettore del Venezian maturo civilista stenta a riconoscere la sua voce: « L'impressione che abbiamo tutti ricevuto nel percorrere i laboratori ed i dormitori — scrive —, è stata quella di avere dinanzi a noi una vera galleria di tipi anormali: le faccie asimmetriche e le prognate, i crani appiattiti, angolosi, le fronti sfuggenti, le mandibole enormi, le fisionomie mongoliche, si succedevano in una varietà che dava sempre nuovo alimento alla nostra attenzione » (21). E così si

modello vagheggiato: di lui quindi preferisce non discorrere, pur non tollerando che altri ne dica male, perché sente che il figliolo non lo merita ». L. BARASSI, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 574.

(19) V. POLACCO, *Giacomo Venezian*, cit., p. 74.

(20) « ...lui che m'educò al metodo positivo anche nella scienza criminale, e m'insegnò ad apprezzare il valore indistruttibile del fatto che, preso da sé, può parere il più insignificante ». G. VENEZIAN, *Vocaboli e frasi del gergo veneto*, in *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, II, 2 (1881), p. 212.

(21) G. VENEZIAN, *Relazione sul bagno penale di Ancona*, in *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, II, 3 (1881), p. 345. La relazione di Venezian illustrava la visita compiuta il primo Maggio del 1881 dagli studenti della Scuola di diritto criminale di Bologna al Bagno penale di Ancona sotto la guida di Ferri e di Riccardi [qualche altra notizia sull'avvenimento si può trovare in una notarella nella stessa rivista: II, 3 (1881) pp. 269/270]. Lo scritto di Venezian si chiude con delle *Conclusioni* firmate dallo stesso Ferri (pp. 355/359), in cui egli osserva come la visita avesse illustrato agli studenti « la verità delle mie osservazioni sulla quasi totale ineffi-

continua: con l'entusiastica adesione dello studente alle idee lombrosiane e nella incondizionata ammirazione per Ferri.

Il disegno di *Danno e risarcimento fuori dei contratti* nasce in questo clima bolognese ed è concepito come coerente sviluppo nel campo del diritto civile di alcune intuizioni ferriane. Sarà lo stesso Ferri a richiamare anni dopo lo scritto di Venezian, « un lavoro che invano si desidera pubblicato da molto tempo » (22), per mostrare come l'idea affermata nel diritto penale della « responsabilità sociale svincolata da ogni responsabilità morale » (23) avesse una capacità espansiva che ne rendeva possibile una lineare applicazione anche nell'interpretazione degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile. Ferri utilizzava l'interpretazione oggettiva della responsabilità civile come supporto di diritto positivo alla tesi della rinuncia alla 'colpa-bilità morale': tale tesi — sostiene — non è « rivoluzionaria » in quanto è presente, oltre che nelle legislazioni primitive « non ancora dominate dallo spirito religioso e dalle conseguenti idee di etica morale » (24), anche nel diritto vigente per il danno aquiliano.

Il riferimento ad un nesso oggettivo di imputazione nel diritto civile, come sostegno alla tesi della negazione del libero arbitrio e della responsabilità morale, era già stato utilizzato da Ferri negli anni antecedenti allo scritto di Venezian, ma soprattutto in relazione all'ipotesi della responsabilità del padrone di un animale anche nel caso in cui questo si fosse smarrito o fosse fuggito (25): emergeva soprattutto qui evidente agli occhi del penalista una responsabilità non fondata su alcun presupposto di colpevolezza. Dopo l'opera di Venezian il riferimento di Ferri può essere ampliato all'intera sezione dei delitti e quasi delitti, tutta interpretabile, grazie al contributo del giurista triestino, come esprime relazioni di responsabilità oggettiva.

cazia della pena, come misura legislativa, nei bassi strati della società, dove la pena può agire soltanto come esecuzione carceraria ».

(22) E. FERRI, *Sociologia criminale*, (terza edizione completamente rifatta dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*), Torino, Bocca, 1892, p. 454 in nota.

(23) E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., pp. 453 e ss..

(24) E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., p. 453.

(25) E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, in *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, III, 1 (1882) pp. 64 e 74. Si tratta di una prolusione letta nella Università di Bologna nel novembre del 1881.

È un singolare gioco dei rinvii: Venezian aveva condotto infatti tutta la sua analisi sviluppando la relazione tra la negazione ferriana di ogni collegamento tra elemento soggettivo del reato ed imputazione morale e l'esigenza, nel campo civilistico, « di sostituire al criterio della imputabilità un fondamento più largo e inconcusso anche nella teoria del risarcimento »⁽²⁶⁾.

Nel ricercare tale più ampio fondamento Venezian percorre con estrema spregiudicatezza sentieri 'puramente' civilistici; la familiarità con le idee della scuola positiva gli permette però di trattare il tema con distacco critico, gli fornisce un angolo visuale originale, uno schema ordinante e, in definitiva, lo stesso impulso alla trattazione dell'argomento. L'influenza di Ferri è quindi provvida: permette una libertà assoluta dagli schemi dominanti nella civilistica, dà modo di leggere nel diritto positivo e nel Codice la trama di un disegno unitario lucidissimo che può fornire una soluzione scientifica ai problemi della responsabilità senza fare ricorso ad artifici sofisticati. Le idee di Ferri sono funzionalizzate alla costruzione del sistema e contribuiscono in tal modo a salvaguardare l'unità del concetto di responsabilità impedendo una frammentazione delle sue forme nei tanti rivoli delle tematiche irrisolubili nel quadro della teoria classica.

Giova considerare brevemente le premesse poste da Ferri prima di addentrarci nel sistema di Venezian.

Tra le forme che assume la « reazione » verso le forme di azione che turbano l'ordine sociale Ferri include anche, a fianco del carcere, della multa e delle sanzioni della pubblica opinione, il risarcimento del danno. Ad accomunare le diverse ipotesi c'è una « funzione sociale difensiva »⁽²⁷⁾ che « non si attua soltanto ed unicamente colle pene privative di libertà, ma anche col risarcimento civile dei danni, colle pene pecuniarie, colla sospensione da un ufficio... »⁽²⁸⁾. La differenza tra mezzi civili e penali di 'reazione' viene non solo fatta saltare⁽²⁹⁾, ma si propugna anche una più stretta

⁽²⁶⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 76.

⁽²⁷⁾ E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, cit., p. 59; cfr. anche E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., pp. 677 e ss..

⁽²⁸⁾ E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, cit., p. 67.

⁽²⁹⁾ E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, cit., p. 65: « io non so vedere

unione tra loro in quanto concorrenti allo stesso « scopo difensivo di impedire certe azioni dannose o pericolose »⁽³⁰⁾. Il risarcimento del danno viene ad acquistare quindi una « natura essenzialmente pubblica e di funzione sociale »⁽³¹⁾.

La sola inclusione del risarcimento civile dei danni tra i provvedimenti difensivi dell'ordine sociale⁽³²⁾ sposta di già l'attenzione su elementi che l'approccio individualistico tradizionale era portato a trascurare: balza in primo piano il danno nella sua componente materiale, oggettiva, nella sua rilevanza sociale; l'introspezione del soggetto agente non ha più importanza rispetto all'obiettiva incidenza della sua pericolosità sull'assetto sociale. L'idea si collega strettamente alla negazione del libero arbitrio sostenuta in forme abbastanza blande da Ferri in un suo primo scritto del 1878⁽³³⁾ e poi accentuata negli anni successivi: « il diritto nella società a difendersi dagli individui, che la danneggiano o la minacciano, è indipendente dalla loro responsabilità morale, esso esiste sempre anche se questa si crede non esistere »⁽³⁴⁾.

Funzione sociale difensiva ed abbandono dell'idea della « volontà libera che delinque », negazione del concetto 'metafisico' della « responsabilità morale » a favore della « responsabilità sociale » si saldano strettamente assieme; e l'attenzione si concentra sull'elemento sociale: ad ogni azione individuale che turba il « corpo sociale » occorre necessariamente opporre una « reazione ». In tale necessità della sanzione può riassumersi lo stesso concetto unitario di responsabilità sociale « con cui vuolsi significare che non solo nel campo giuridico criminale, ma anche nel campo etico e giuridico-

alcuna differenza reale tra il pagamento di una somma a titolo di multa e quella a titolo di risarcimento »; cfr. ancora p. 75 e, più ampiamente, in ID., *Sociologia criminale*, pp. 696 e ss..

⁽³⁰⁾ E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, cit., p. 65.

⁽³¹⁾ E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., p. 701.

⁽³²⁾ Si distinguono tra questi: mezzi preventivi o igienici; mezzi riparatori o di risarcimento civile dei danni; mezzi repressivi; mezzi eliminativi. Cfr. E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, pp. 76 e ss..

⁽³³⁾ Ci riferiamo a *La teorica della imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878.

⁽³⁴⁾ E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, cit., p. 65. Cfr anche ID., *Sociologia criminale*, cit., pp. 380 e ss. ove è chiarita l'evoluzione del pensiero di Ferri rispetto allo scritto giovanile del 1878 (l'Autore aveva 22 anni); e pp. 415 e ss..

civile, l'uomo sempre ed in ogni caso, deve rispondere e risponde di ogni azione sua » (35). La preminenza dell'elemento dell'utilità sociale e il meccanico collegamento tra danno e reazione impediscono che si consideri la possibilità di riequilibrare in base a situazioni soggettive la distribuzione del danno tra i singoli. L'elemento soggettivo è un filtro estraneo all'immediata ed automatica reazione sociale necessaria per la difesa dell'ordine: « quando avviene un'azione contraria all'ordine sociale, che porta un danno o un pericolo, la società non deve avere la pretesa, che ora accampa, di penetrare negli intimi recessi della coscienza individuale, e pesarvi la imputabilità o la non imputabilità del delinquente » (36).

Tale nuovo sistema nella valutazione della responsabilità non è, a giudizio di Ferri, limitato al solo diritto penale: le varie discipline giuridiche sono « rami diversi di uno stesso tronco » ed estremamente criticabili sono le tesi di quanti « posero quasi un abisso tra i mezzi civili ed i mezzi penali, atti ad impedire nell'autore di un fatto dannoso o pericoloso la ripetizione di esso e nei terzi l'imitazione del cattivo esempio » (37). La 'fusione' della responsabilità civile e penale nella unitaria figura della responsabilità sociale e l'inclusione del risarcimento dei danni tra i vari 'provvedimenti difensivi' lascia trasparire funzioni della responsabilità extracontrattuale di tipo prevalentemente sanzionatorio e preventivo. La funzione satisfattoria è puro ammenicolo all'interno di un contesto in cui l'aspezzazione dell'aspetto sociale del danno porta a privilegiare in maniera esclusiva l'aspetto pubblicistico: sull'interesse del singolo all'indennizzo propria dell'azione civile, prevale l'interesse pubblico proprio dell'azione penale ad infliggere una sanzione nei confronti di comportamenti pericolosi o dannosi; non a caso Ferri si batté affinché, qualora non avesse agito l'interessato, l'azione per il risarcimento del danno fosse esercitata dal Pubblico Ministero (38).

(35) E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, cit., p. 73.

(36) *Ibidem*, p. 61; cfr. anche p. 64: « il diritto di punire è una semplice funzione difensiva e non una retribuzione giuridica della colpa col castigo, ne viene che esso potrà esercitarsi anche là dove non esista evidentemente alcuna colpa o responsabilità morale, ma esista un danno o un pericolo sociale ».

(37) *Ibidem*, p. 75.

(38) Si confrontino le precisazioni di Ferri in *Sociologia criminale*, cit., pp. 696 e ss.. Distingue tre differenti modi in cui può essere considerato il danno sofferto dalla vittima

Il sistema di Venezian è profondamente influenzato da questa ricostruzione di Ferri, in molti casi si ha l'impressione di essere di fronte ad un semplice svolgimento di tali idee nel diritto civile. È sufficiente per rendersene conto richiamare alcuni capisaldi dell'analisi: la configurazione del risarcimento come un mezzo di reazione sociale contro le azioni individuali (39); la individuazione di un concetto unico di responsabilità nel campo civilistico e penalistico (40); la negazione del libero arbitrio e la conseguente, « logica », deduzione di un principio di responsabilità oggettiva (41); l'esigenza scienziata di liberare il tema della responsabilità « dalle pastoie della metafisica e di gettare i veli che la adombrano » (42).

Per comprendere gli aspetti di originalità dello scritto di Venezian occorre però guardare il suo sistema dall'interno, seguirlo nelle sue deduzioni logiche che quanto più divengono rigorose, tanto più

del delitto: a) come obbligazione del delinquente verso l'offeso; b) come sanzione da sostituire alla pena carceraria nei piccoli delitti commessi dai delinquenti occasionali; c) come funzione sociale spettante allo Stato nell'interesse diretto del privato offeso, ma anche nell'interesse indiretto e non meno importante della difesa sociale. Le ultime due riforme erano quelle propuginate dalla Scuola positiva: Garofalo contribuì particolarmente a sviluppare la seconda, quella della riparazione del danno intesa come vero e proprio sostitutivo penale; mentre Ferri rivendica a se stesso il merito di aver sostenuto la terza ipotesi, costituente « l'innovazione più radicale » (p. 697). È per noi importante notare la stretta collaborazione del giovane Venezian alla formulazione di queste teorie; nel primo Congresso di antropologia criminale (Roma 1885) il seguente ordine del giorno, redatto seguendo le idee di Ferri, recava in calce, oltre ai nomi di Fioretti e di Ferri stesso, anche quello di Venezian: « Il Congresso — convinto che importa assicurare la riparazione civile dei danni, non solo nell'interesse immediato della parte lesa, ma anche nell'interesse immediato della difesa sociale preventiva e repressiva del delitto — fa voti perché le legislazioni positive possano al più presto mettere in pratica nei processi i mezzi più convenienti contro gli autori del danno, i loro complici e ricettatori, considerando la realizzazione del risarcimento come una funzione sociale, affidata d'ufficio: al Pubblico Ministero, durante il processo, ai giudici nella condanna e all'amministrazione carceraria, nella eventuale ricompensa del lavoro penitenziario e nelle proposte di liberazione condizionale ».

(39) G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 58.

(40) *Ibidem*, p. 59. Sul punto, e in riferimento soprattutto al risarcimento civile dei danni, Ferri continuò a criticare « il solito bizantinismo delle barriere doganali scientifiche » e « l'illogica separazione assoluta del diritto civile e dal diritto penale » (*Sociologia criminale*, cit., p. 699).

(41) G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., pp. 76 e 110.

(42) *Ibidem*, p. 76.

permettono una lettura libera e spregiudicata degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile che avevano sino ad allora inchiodato l'interprete alla stanca ripetizione dell'assioma 'nessuna responsabilità senza colpa'.

Abbiamo più volte usato il termine sistema, ricostruzione sistematica dell'opera: occorre farlo nel caso di Venezian, non tanto per la collocazione dello scritto negli anni in cui la civilistica italiana si volgeva dalle analisi esegetiche della letteratura francese a quelle sistematiche della Pandettistica, non tanto quindi per l'orditura interna dell'opera, per la aggregazione dei singoli argomenti, per la *dispositio* ⁽⁴³⁾, quanto per la capacità di assumere il compito ricostruttivo del giurista a momento liberatorio dell'ordine e dell'unità scientifica dell'istituto dai limiti imposti dal legislatore. L'interprete costruisce l'impalcatura sistematica su fondamenta certe; il rigore delle sue deduzioni può capovolgere o svuotare del tutto il dettato del legislatore senza tradirne lo 'spirito', che è quello del sistema; egli pone in crisi la fideistica lettura esegetico-legalistica, mostrandone le contraddizioni, ponendola di fronte alla sua impossibilità di adeguarsi alla mutabilità ed alla concretezza delle cose.

Si tratta, occorre ancora aggiungere, di un sistema estremamente realistico, volto a garantire nella loro immediata concretezza nuovi strumenti di tutela, ad assicurare un'ampia corrispondenza tra il diritto 'dichiarato' e il diritto 'protetto' e a dare piena azionabilità giudiziale ad ogni diritto dei singoli. Siamo lontani dallo « sterile piacere delle meditazioni solitarie » che Venezian rimproverava ai seguaci di un indirizzo « speculativo ed idealistico », pronto a stravolgere « uomini, tempi, idee » e a rendere « la logica (...) serva dei sistem i » ⁽⁴⁴⁾. Il nostro giurista ha, del resto, un temperamento restio a configurazioni teoriche, scientifiche, sistematiche senza contatto con l'utilizzazione concreta del diritto: la propensione per la concretezza caratterizza intimamente tutta l'opera che ebbe tuttavia

⁽⁴³⁾ Insiste in maniera ridondante sulla configurazione in Venezian del sistema di diritto privato quale « organismo logico perfetto » B. DUSI (*L'opera scientifica di Giacomo Venezian e di Gian Pietro Chironi*, cit., pp. 2 e ss.) che colloca *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, a ragione, tra gli scritti di sistematica giuridica del Nostro.

⁽⁴⁴⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., pp. 91 e 92. Il riferimento critico va a Vangerow ed, implicitamente, anche a Jhering.

la singolare sorte di esercitare una grande influenza soprattutto a livello 'meramente scientifico' e di non incidere quasi per niente nella pratica.

Assunto centrale su cui si impernia tutta la ricostruzione è che ogni diritto protetto deve avere una sanzione. Inteso « il torto » nel senso estremamente ampio di « ogni opposizione al diritto » (45), si ha che necessariamente « il torto deve avere una sanzione nell'ordine giuridico, o cessa di essere riconosciuto come torto » (46). Il rapporto di « assoluta necessità logica » che lega il diritto con la sanzione fornisce al giurista un punto di stabilità nel mutamento incessante, un « principio logico » che si può considerare senza sottostare alla relatività del diritto che si adegua alla utilità sociale del momento e all'instabilità dovuta alla volubilità dell'intervento legislativo; un punto « dove la legge non è né arbitraria né contingente, dove non è relativa alle diverse condizioni della società e al diverso modo d'interpretarle, dove è sempre uguale a se stessa, perché obbedisce ad una necessità categorica della sua propria esistenza » (47).

È da questa certezza logica, da questo punto fermo nel mutamento, che discende l'esigenza di fissare il collegamento tra danno e risarcimento in un rapporto certo, non contingente e relativo a condizioni soggettive. Il torto esige sempre una sanzione, una responsabilità, così come la esige la tutela dell'ordine sociale: « Il diritto e il torto sono una realtà oggettiva sociale: non dipende dalla volontà del soggetto, dell'individuo la modificazione della sfera giuridica di altri individui. Non è quindi alla volontà di uno che si deve risalire per determinare la sua responsabilità » (48).

(45) *Ibidem*, pp. 41 e 2.

(46) *Ibidem*, p. 41.

(47) *Ibidem*, p. 36. « Come nell'ordine naturale è necessaria la successione dell'effetto alla causa, così nell'ordine giuridico è necessario che la sanzione susseguia alla qualifica del fatto, al riconoscimento del diritto e del torto: la legge non può mancare di congiungere una conseguenza giuridica alla definizione del diritto che negando se stessa, o sia cessando di essere legale. La legge non intende alla definizione astratta del diritto e del torto, ma alla loro definizione concreta; essa stabilisce dei principi che devono poter essere applicati alle condizioni reali dell'attività umana, e non restare una vana affermazione teorica » (*ivi*).

(48) G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 42.

Anche se è dalla stessa necessità che ogni torto abbia una sanzione, indipendentemente da qualunque circostanza « contingente e relativa alle condizioni soggettive dell'autore » (49), che deriva la ricostruzione in termini oggettivi della responsabilità extracontrattuale, l'argomentazione di Venezian per giungere a tale principio nel diritto civile segue un itinerario più articolato. Egli distingue tre tipi di sanzione: l'annullamento dell'atto giuridico da cui proviene il torto; la rimozione del torto, nel caso in cui lo stato antiggiuridico possa essere eliminato; e la riparazione pecuniaria, nel caso in cui lo stato antiggiuridico non possa essere rimosso. Sulla identità dei presupposti oggettivi esistenti tra rimozione e risarcimento, e di conseguenza sulla stretta affinità che lega l'azione ordinaria mirante alla rimozione di uno stato di fatto contrario al diritto e l'azione di risarcimento nascente da 'delitto', si viene a fondare in diritto positivo la lettura oggettiva della responsabilità aquiliana.

Se infatti « conseguenza giuridica generale ed immediata del torto è l'azione giudiziale », se con Savigny si può affermare che i diritti di azione sono 'su una stessa linea con l'origine e il tramonto dei diritti', si avrà che ogni modificazione della « vita » del diritto produrrà l'azione (50). Venezian ritiene che tali affermazioni non abbisognino di ulteriori specificazioni per qualificare 'i delitti' come fondamento dell'azione di risarcimento ed in ciò si distacca da Savigny e lo critica.

Per Savigny il semplice elemento della lesione giuridica (*Rechtsverletzung*) non è sufficiente a fornire il concetto di delitto: occorre oltre all'*avere illegittimo*, che è il presupposto del semplice diritto di azione, anche la caratteristica che fa sorgere da tale lesione

(49) *Ibidem*, p. 43.

(50) G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., pp. 16 e ss.. Cfr. C. F. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, (traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja), vol. V, Torino, UTE, 1893, § 205, pp. 4 e ss.; C. F. SAVIGNY, *Le obbligazioni* (Traduzione dall'originale tedesco con appendice di Giovanni Pacchioni), Torino, UTET, 1912-1915, vol. II, § 82, pp. 269 e ss., ma in particolare p. 271: « Se dal concetto della semplice lesione giuridica noi vogliamo ora pervenire al concetto del delitto occorre aggiungere un altro elemento essenziale; e per delitto conviene intendere una tale lesione giuridica dalla quale sorga una propria obbligazione indipendentemente dalla cessazione di quell'*avere illegittimo* di cui abbiamo sopra parlato. In ciò consiste la differenza che intercede fra le obbligazioni *ex delicto* e i semplici diritti di azione ».

giuridica' una vera e propria obbligazione. Le obbligazioni derivanti da delitto « presuppongono sempre un'intenzione contraria al diritto che può essere o la volontà di commettere una violazione del diritto (*dolus*), o la mancanza della diligenza richiesta in ogni atto giuridico (*culpa*) »; tali azioni esigono il presupposto della imputabilità ⁽⁵¹⁾. Il delitto assume dunque connotati autonomi, diversi da quelli della 'rimozione' dello stato antiggiuridico, dalla eliminazione dello stato di fatto contrario al diritto, ed esige necessariamente il riferimento ad una situazione soggettiva contraria al diritto.

Per Venezian in tale ricostruzione Savigny non coglie — fuorviato anche dall'uso che fa del termine *Rechtsverletzung* in luogo di un termine, più ampio, quale 'torto' — la « diversità intrinseca » tra delitto e torto. Il problema per il giurista triestino è quello di eliminare il richiamo dell'elemento soggettivo, garantendo una tutela piena, una sanzionabilità automatica e completa di tutti i torti; egli deve sfumare quindi la differenza tra l'azione ordinaria di rimozione e quella di risarcimento, e soprattutto deve individuarla altrove anziché nell'elemento aggiuntivo del requisito soggettivo che la rende obbligazione a se stante. Il tratto differenziale sta, dice Venezian, nella 'specie del torto': siamo di fronte nel caso dei delitti ad un torto che produce nei confronti di un diritto 'lesioni' che non si possono prevenire o arrestare con un'azione giudiziale, « producono conseguenze non transitorie, ma permanenti, che non si possono rimuovere, che costituiscono in una parola un *danno* » ⁽⁵²⁾.

Il risarcimento assume, da questo punto di vista, una natura suppletiva generale in tutti i casi in cui non è possibile la rimozione del torto utilizzando un'azione ordinaria. È quindi il torto dannoso che viene a costituire l'essenza del delitto: la 'lesione' non rimovibile apportata nei confronti di un diritto fa 'scompare', 'annienta', il diritto e ne fa sorgere uno nuovo, il diritto al risarcimento. Ciò invece non accade allorché siamo di fronte a torti non dannosi, per i quali lo stesso termine *Rechtsverletzung* è errato.

⁽⁵¹⁾ C. F. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, cit., § 82, p. 271.

⁽⁵²⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 18. Cfr, per una riflessione di vasto respiro sul tema, C. MAIORCA, *Responsabilità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, 1988, (pp. 1004 e ss.) in particolare pp. 1012 e ss.; ed ID., *I fondamenti della responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1990.

In base alla stretta affinità così individuata tra « azione ordinaria » e risarcimento del danno (« riparazione sussidiaria della rimozione ») non si può che trovare assurda l'idea di un condizionamento soggettivo, sia per la 'rimozione', sia per la riparazione: in entrambi i casi occorrerà guardare alla sola « esistenza oggettiva del torto » (53). Con tale convinzione si può riconsiderare l'intera architettura del Codice ed approdare, per la logica del sistema, ad una ricostruzione rigorosamente oggettiva non solo della responsabilità indiretta, dove era possibile trovare degli appigli testuali per giustificare tale interpretazione, ma anche della responsabilità diretta, attribuendo, con evidente forzatura interpretativa del Codice, al termine 'colpa' un significato meramente causale.

Si ha quindi un obbligo di risarcimento indipendente dall'imputabilità — esso ha una « base oggettiva ed una natura impersonale » (54) — e si possono finalmente svelare tutte le finzioni, tutte

(53) *Ibidem*, p. 55.

(54) *Ibidem*, p. 43. Per una critica a tale ricostruzione cfr. C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., pp. 727 e ss.. L'illustre romanista insiste soprattutto nel negare la nuova distinzione proposta da Venezian tra rimozione e torto dannoso: il fatto che il torto non si possa rimuovere — sostiene — non è proprio solo dei delitti, ma è di ogni negazione del diritto. Non è esatto sostenere quindi che, in un caso, il diritto perdura e, nell'altro, tramonta, poiché ciò dipende dal fenomeno obiettivo e non da una diversità essenziale dell'atto lesivo. Da ciò occorre dedurre che la distinzione opposta da Venezian a Savigny è anch'essa fragile e che il presupposto centrale della ricostruzione oggettiva è inesatto (cfr. in particolare pp. 731 e 732). In realtà, quello che più interessava a Venezian non era la distinzione, ma la stretta affinità, quasi una identità, che in base ad essa si poteva individuare tra rimozione e risarcimento. Ed è proprio nella critica a tale 'identità' che insiste, più accortamente, Barassi: tra rimozione e risarcimento civile del danno esiste certo affinità, ma non identità. Infatti « nel primo caso non vi ha per l'autore del torto *nessun sacrificio* (...) è troppo evidente che perciò la rimozione sia operata a prescindere da qualunque considerazione per l'autore del torto. Così il possessore deve restituire la cosa al proprietario; l'accipiente di cosa che non gli è dovuta deve renderla, in quanto la cosa si trovi nelle sue mani, a chi per errore gliel'ha data: in ambo i casi è irrilevante che il possessore sia in buona o in mala fede, oppure che sia o no in colpa. Questa è appunto la vera e tipica sanzione, che attua quell'eminente funzione del diritto oggettivo che è di assicurare la reintegrazione del diritto soggettivo ». Diverso è invece il secondo caso, quello del risarcimento del danno: « ... se tale reintegrazione non è più possibile (...) si sostituisce alla reintegrazione in forma specifica, il pagamento di una somma che ne rappresenta l'equivalente economico, si assoggetta l'autore del torto a un *sacrificio* ». In questo caso l'autore del torto non si trova a dover subire un 'lucro cessante', ma c'è anche un 'danno emergente', è quindi opportuno « ai fini di una

le approssimazioni e le incongruenze logiche, le ingiustizie pratiche del sistema individualistico dell'imputabilità soggettiva. L'attacco al sistema tradizionale è frontale: « nessuna responsabilità senza colpa è una massima che ha attraversato i secoli, e che abbiamo tutti nelle orecchie, non nella coscienza » (55). E lo scontro non è limitato al solo terreno del diritto positivo, ma investe anche il diritto romano: Venezian afferma — contro Jhering — che il termine colpa nel campo aquiliano non indicava altro che un riferimento « alla esistenza oggettiva del torto e al suo nesso causale colla responsabilità » (56). Si dà in tal modo una lettura oggettiva non solo delle azioni nossali (57), della responsabilità per il fatto dei dipendenti (collegata

migliore giustizia distributiva, contemperare l'interesse delle due parti, per modo che questo sacrificio consistente in un danno emergente sia subordinato a presupposti soggettivi dell'autore del torto. Non dico — conclude Barassi — che questa sia l'unica soluzione possibile; ma è certo una soluzione attendibile; tanto attendibile che vi si è attenuto più volte il nostro Codice. Non direi, dunque, che l'argomento del parallelo coll'altra forma di sanzione (la rimozione del torto) sia irresistibile » (L. BARASSI, *Danno e risarcimento*, cit.).

(55) G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 55.

(56) *Ibidem*, p. 86.

(57) *Ibidem*, pp. 90 e 91. Solo artificialmente possono separarsi le azioni nossali dalla teoria generale del torto dannoso; e da esse risulta chiaramente « il nesso causale oggettivo come base della responsabilità »: « il padrone dello schiavo e dell'animale risponde del danno che cagionano, perché il fatto del trovarsi al suo servizio è di per se stesso causa del suo movimento ». Particolarmente aspra è la critica nei confronti dei commentatori che vollero stabilire anche in questo caso una presunzione di colpa nei confronti del proprietario per giustificare la sua responsabilità: « questa presunzione che non ammette prova contraria è sempre una pura finzione per salvare la teoria della imputabilità ». L'attacco più duro è riservato a Vangerow — che, fondandosi sulla distinzione del danno dato *secundum* o *contra natura sui generis* dall'animale, aveva sostenuto il concetto di una imputabilità per colpa dell'animale stesso — e alla sua « idea bizzarra »: « vogliono turbare la limpidezza del diritto romano con le oscure nebulosità del diritto criminale del medioevo, nel quale almeno la credenza dell'ossessione giustificava i processi alle bestie! ». Gli argomenti di Venezian sono poi ripresi da U. PRANZATARO, *Della responsabilità civile per il danno prodotto dagli animali (contributo alla dottrina della responsabilità indiretta)*, Appendice del traduttore al libro IX, titolo primo del *Commentario alle Pandette* di F. GLUCK, cit., p. 111. Pranzataro critica però la complessiva ricostruzione di Venezian, sia riguardo al diritto romano, che al diritto positivo (cfr. pp. 109 e ss. e pp. 131 e ss.). Riguardo alla tesi di Vangerow cui si fa riferimento cfr. K. A. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, Marburg und Leipzig, Elwert, 1869, § 689, p. 597: « Alle diese Sätze erklären sich nur dann wahrhaft befriedigend, und das römische System der Vorklagen gewinnt nur dann wahre Einheit

al principio della imputazione soggettiva mediante « l'illusione psicologica » della *praesumptio juris et de jure* ⁽⁵⁸⁾, della responsabilità per *effusum et dejectum* (« che non ha neanche il filo sottilissimo di questa illusione ») ⁽⁵⁹⁾, ma dell'intera *lex Aquilia*. Qui lo stesso riferimento alla *culpa levissima* altro non indicava che un « nesso causale oggettivo fra il torto e il responsabile » ⁽⁶⁰⁾: « tutta la casistica del titolo dell'*Aquila* verte sull'indagine del nesso causale e non si perde nei labirinti della coscienza. O che ci sta a fare l'elemento soggettivo della imputazione, questo Re Travicello della teoria della responsabilità, che sta in alto, a galla, e non pesca mai nel fondo del suo reame? » ⁽⁶¹⁾.

Stabilito che « il solo fondamento logico », « il solo fondamento possibile » ⁽⁶²⁾, della responsabilità sta nel nesso causale oggettivo tra danno e sfera giuridica del soggetto, mostrato che solo questo è il contenuto reale della legge, non si può che indicare quali « finzioni », « catene di fragili sofismi » ⁽⁶³⁾, i tentativi di spiegare le

und innere Konsequenz, wenn man von der wirklichen oder präsumirten *Kulpa* des Eigenthümers ganz absieht, sondern vielmehr ausgibt, da nach der Ansicht des römischen Rechts, so zu sagen, *eine Kulpa des Thiers selbst*, das wahre Fundament der *actio de pauperie* ist, und der Eigenthümer nur als der natürliche Schutzherr und Vertreter dieses Delinquenten in Betracht kommt ».

⁽⁵⁸⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 88.

⁽⁵⁹⁾ *Ivi*.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*, pp. 87 e 88.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*, p. 88. Cfr. anche p. 93: « l'idea della imputabilità del torto come riferimento del fatto ingiusto ad una volontà libera ed autonoma è assolutamente estranea alle concezioni filosofiche dei Romani ». Sulla prospettiva polemica di Venezian contro le tesi interpretative della pandettistica si può leggere qualche cenno in S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problemi della 'culpa'*, Torino, Giappichelli, 1969, pp. 9 e ss., il quale sostiene che il contributo di Venezian, assieme a quelli ben più noti di Pernice, erano caratterizzati da un comune punto di partenza sotto il profilo sistematico: la rottura dell'aprioristica accettazione dell'essenzialità della colpa per l'esistenza della anti giuridicità.

⁽⁶²⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 110.

⁽⁶³⁾ Oltre che in *Ibidem*, cfr. G. VENEZIAN, *La causa dei contratti*, cit., p. 376; G. VENEZIAN, *Responsabilità civile diretta e indiretta*, in *Opere giuridiche*, vol. I, cit., p. 543. L'argomento delle 'finzioni' restò anche in seguito caro a Venezian che dedicò all'argomento la sua prolusione al corso di diritto civile all'università di Messina nel 1895: « Le finzioni giuridiche ». Lo scritto non fu ricompreso dai curatori, che intesero in tal modo rispettare la volontà dello stesso Venezian, nella raccolta delle sue Opere giuridiche.

single espressioni del Codice facendole rientrare sotto l'egida della colpa.

La teoria che nega l'imputabilità soggettiva per colpa è — per Venezian — non solo l'unica possibile, ma è anche l'unica che permetta di risolvere unitariamente i nuovi problemi cui la responsabilità civile è chiamata a rispondere. Come non vedere, d'altronde, nelle incongruenze delle Corti che sempre più spesso si esprimono « come farebbero se per principio ammettessero la responsabilità senza imputabilità »⁽⁶⁴⁾, nelle creazioni giurisprudenziali e dottrinali di diversi statuti della responsabilità, nell'accentuarsi delle finzioni, l'impossibilità di conservare, seguendo l'impostazione tradizionale, una concezione unica di responsabilità?

I giuristi sono invitati quindi ad abbandonare la 'metafisica', le astruserie di concezioni fondate sulle sottigliezze delle introspezioni soggettive, per guardare alla realtà, alla concretezza dell'ingiustizia subita dal danneggiato con la lesione del suo diritto, ed a cogliere in ciò i tratti di un effettivo ed unitario statuto della responsabilità.

Venezian appare consapevole che l'interpretazione proposta stride fortemente con le teoriche dottrinali dominanti, tutte fondate sulle ambiguità del testo del Codice. Quando chiede però una 'riforma legislativa' della legge, che nelle sue espressioni fa sì che « tutta una parte importantissima delle obbligazioni » venga fondata « su finzioni giuridiche, anziché su diritti effettivi »⁽⁶⁵⁾, chiede solo che si adegui l'espressione letterale allo 'spirito del sistema', rendendo così impossibili le interpretazioni alternative all'unica veramente basata sulla logica stringente dei fatti. Non invoca insomma una riforma, ma una sorta di interpretazione autentica, con cui il legislatore adegui l'imperfezione del testo alla linearità del sistema.

Il danno emerge come punto di approdo della ricostruzione e, al tempo stesso, è il suo unico ed indispensabile punto di partenza; un danno da considerare nella sua crudezza oggettiva indipenden-

Abbiamo potuto prendere visione della prolusione grazie alla gentilezza del Dott. Gian Domenico Martina che possiede a Roma la copia del manoscritto.

⁽⁶⁴⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 102. Sul punto cfr. *infra* cap. VIII.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*, p. 110.

temente da vacui sentimentalismi nei confronti di chi lo ha provocato. Se infatti non si guarda a retribuire il merito e il demerito del singolo con la pena, non lo si dovrà fare a maggior ragione nel risarcire il danno. Alla presunta brutalità di un sistema che sancisce il risarcimento guardando solo alla causa meccanica del danno, Venezian oppone le ingiustizie derivanti da una teoria che ha sempre considerato il danno dal punto di vista unilaterale del danneggiante. Una « considerazione equa della posizione rispettiva del danneggiato e del responsabile », un bilanciamento delle « cause del danno », non potranno che mostrare « la giustizia della responsabilità oggettiva » (66).

La « giustizia » è fatta coincidere con la rigida tutela del diritto dei singoli, non suscettibile di alterazione attraverso il filtro della responsabilità. Con il risarcimento non si realizza infatti alcun nuovo equilibrio, si tenta di tornare meccanicamente soltanto all'assetto precedente: il giudice non è altro che il guardiano dell'ordine esistente ed il regolatore di una 'stabilità' che non può essere ridistribuita o alterata in riferimento a criteri soggettivi. Anche Venezian teme i giudizi di valore da parte del giudice: compito primario della scienza, appurato il principio della responsabilità oggettiva, deve essere quello di fissare criteri rigorosi per la valutazione del danno, respingendo ogni facile affidamento di tale compito all'« arbitrio prudente dei giudici » (67).

Il giudice non può interferire con un assetto giuridico determinato dal sociale: come non si può alterare la logica del rapporto tra torto e sanzione in riferimento a situazioni soggettive dei singoli, così non si potrà valutare il danno, attenuandolo, proporzionandolo alla 'malvagità' dei singoli. Il danno deve essere, per quanto possibile, risarcito integralmente ed il giudice deve considerarlo nella sua materialità, registrando i fatti, le cause e gli effetti, astenendosi da ogni valutazione del 'comportamento' dei singoli. Il rigido rifiuto di

(66) *Ibidem*, p. 276. « Al malessere inevitabile che la società risente dal danno, qualunque e di chiunque sia, non si deve aggiungere lo spostamento dell'obbligo di sopportarlo. Il danno è sempre una disgrazia; ma il caso inintelligente che colpisce uno non deve decidere che il danno resti a quell'uno; se ne carichi piuttosto che il danneggiato, quello che vi ha dato causa ».

(67) *Ibidem*, p. 275.

ogni soggettivismo ed individualismo, la forte componente realistica, la visione dell'intera disciplina dell'istituto dall'osservatorio della utilità sociale spingono verso un diritto senza soggetti: la considerazione dell'individuo e della sua fragilità scompare in riferimento al danneggiante; scompare, però, anche la possibilità di una valutazione equitativa operata grazie al prudente apprezzamento del giudice. Il miraggio scienziato fa sostituire al giudice l'automa che calcola freddamente, in base ai parametri indicati dalla scienza, la misura del danno.

Non deve stupire questo assoluto imbrigliamento del giudice nelle maglie del sistema che pur — come abbiamo visto — 'liberava' il giurista-scienziato dall'acritico ossequio verso il legislatore. La critica al legalismo sottesa a tutta la ricostruzione sistematica e la spesso ingenua fede positivista nei fatti, se danno spazi liberi alla ricostruzione scientifica, sacrificano il ruolo della 'pratica' in una contemplazione impotente di una realtà oggettiva che gli si impone nella forza delle cose. L'esclusione di ogni valutazione del momento soggettivo accentua ulteriormente tale aspetto e preclude al giudice quegli spazi di discrezionalità di cui si erano valse implicitamente i giuristi antecedenti per forzare le maglie del legalistico sistema tradizionale. La scissione profonda tra la 'libertà' concessa all'interprete-scienziato e la sottomissione del pratico ad un legalismo più ferreo di quello imposto dalla tradizione civilistica mostra uno dei punti più fragili dell'opera giovanile di Venezian, un nodo irrisolto nella configurazione delle potenzialità applicative del sistema.

Dal principio della responsabilità oggettiva deriva come logica conseguenza, « la commisurazione del risarcimento (...) fatta esclusivamente in base al danno »⁽⁶⁸⁾ e l'esclusione di ogni proporzione tra la misura del risarcimento e grado della colpa. Si tratta di un dato di diritto positivo che non è possibile aggirare, valutando i sentimenti: ogni proporzione è infatti, a dire di Venezian, esclusa sia dal diritto francese che da quello italiano. La letteratura a favore della

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*, p. 302: « L'elemento soggettivo, la natura della causa del danno, non deve venire preso in considerazione; la riparazione come la rimozione del torto, ha la sua ragione di essere nell'esistenza del diritto offeso, e non nelle condizioni dell'agente; non si può far dipendere da un elemento estraneo alla vita di un diritto il suo libero esercizio e l'applicabilità della sua sanzione ».

proporzione tra la misura del risarcimento e grado della colpa è appena considerata e ci si scaglia invece contro l'assurdità del dettato normativo dell'ABGB che prevedeva esplicitamente nei suoi paragrafi un differenziato risarcimento per i danni cagionati da leggera trascuratezza (semplice indennità) o da dolo e colpa grave (pieno soddisfacimento) ⁽⁶⁹⁾. Anche in questo caso Venezian tratta come conseguenza logica della responsabilità oggettiva l'esclusione assoluta di ogni discrezionalità del giudice nella valutazione del danno, anche in questo caso rifiuta ogni compromesso con la tradizione; compromesso che sarebbe stato ben possibile, basti pensare a come molti autori negli anni successivi pur accettando il principio della responsabilità oggettiva vennero a temperarne il rigore utilizzando in maniera nuova le ricostruzioni tradizionali della 'proporzione'. Il giurista triestino non intravede questa strada; l'esigenza di temperare il rigore del sistema è, del resto, del tutto estranea a Venezian che non intende introdurre alcun criterio elastico di giustizia.

La tendenza ai temperamenti, che nel sistema della imputabilità per colpa era stato utilizzato soprattutto dagli autori che più avevano avvicinato il risarcimento alla pena ⁽⁷⁰⁾, è criticata da Venezian in base ai presupposti realistici della sua analisi, al bisogno di garantire una piena tutela alla vittima: « la più raffinata malvagità non rende più grave un piccolo danno...; all'inverso la circostanza che il danno è stato causato da una leggiera negligenza non rende minore la lacuna che ha prodotto nel patrimonio del danneggiato... » ⁽⁷¹⁾; e ancora: « questa tendenza ai temperamenti non si basa su di una tendenza scientifica, si conforma a un bisogno del sentimento. Il caso d'uno che ammazza un altro è infatti molto pietoso, ma è più pietoso il caso di chi resta ammazzato » ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ Si cfr. i §§ 1324, 1325, 1331 e 1332 dell'ABGB. Abbiamo fatto cenno alla questione *infra* I. 3. 3.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. soprattutto F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 530. Convinto sostenitore dell'esigenza di proporzionare il risarcimento del danno al grado della colpa fu JHERING (*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, cit., pp. 155 e ss., cfr. in particolare pp. 215 e ss.).

⁽⁷¹⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 305.

⁽⁷²⁾ *Ibidem*, p. 303. Cfr., in questa stessa prospettiva, a pp. 306 e ss. la critica a Jhering.

Il solo temperamento che ha possibilità di esistere all'interno del sistema oggettivo è quello derivante da un esame delle concause del danno. Resta valido infatti il principio *quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* ⁽⁷³⁾, anche se in tale espressione il termine 'colpa' andrà considerato solo come « nesso causale fra il danno e il fatto o lo stato del danneggiato » ⁽⁷⁴⁾. Solo in questa ipotesi la tutela della vittima potrà essere non piena, in tutti i casi però in cui si potrà riscontrare una prevalenza delle cause attribuibili al danneggiante il risarcimento dovrà essere integrale.

L'attribuzione di una funzione soddisfattoria alla responsabilità civile viene qui a prevalere nettamente rispetto alla funzione 'sanzionatoria' su cui si era dapprima, sulla scia di Ferri, maggiormente soffermata l'attenzione di Venezian. In realtà, funzione sanzionatoria e funzione soddisfattoria della responsabilità civile per Venezian coincidono pienamente, poiché egli sposta quelli che erano i termini consueti dell'accostamento tra risarcimento e pena. L'esclusione di ogni rilievo soggettivo dalla 'sanzione' elimina ogni relazione tra la negligenza del singolo e il risarcimento, elimina ogni proporzionalità tra colpa e 'pena' privatistica — punto su cui più avevano insistito coloro che configuravano il risarcimento come pena privata ⁽⁷⁵⁾ — e mostra proprio nel collegamento meccanico tra 'sanzione' e torto una tutela soddisfattoria totalmente piena. Si accentuano indubbiamente in tal modo i casi di piena tutela della vittima, anche se a prezzo di un totale disinteresse nei confronti delle vicende e delle scelte dei singoli.

⁽⁷³⁾ D. 50. 17. 203.

⁽⁷⁴⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 307: « Non v'è luogo all'obbligo del risarcimento se le cause del danno sofferto risalgono al danneggiante ».

⁽⁷⁵⁾ In genere coloro che avevano avvicinato il risarcimento alla pena avevano poi sostenuto l'esigenza di proporzionarlo al 'grado di colpevolezza' del soggetto. Cfr. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 530, p. 573: « La réparation à laquelle l'auteur du fait dommageable est condamné est une peine civile; or, toute peine doit être proportionnée à la gravité de la faute ». Sull'idea del risarcimento come sanzione si cfr. il noto testo di B. STARCK (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, Rodstein, 1947) ; e le recenti riflessioni di F. D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta della 'pena privata'?*, in *Responsabilità civile e previdenziale*, 1984, pp. 26 e ss. e F. D. BUSNELLI - G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985.

L'attenzione per il reale, il rilievo sociale della responsabilità, traducono il loro antiindividualismo in una cappa soffocante nei confronti dei singoli. Non solo: impediscono ogni possibilità di elasticizzare il sistema oggettivo in riferimento alla vita degli uomini, insondabile nella sua concretezza attraverso il rigido criterio della meccanica attribuzione causale del danno. Il 'freddo' sistema del nesso causale oggettivo, nel risolvere le ingiustizie del sistema della imputazione per colpa, ne faceva sorgere altre.

Si potrebbe naturalmente continuare a considerare il sistema di Venezian da questo punto di vista, e mostrare, utilizzando alcuni caposaldi di ieri e di oggi della teoria della responsabilità per colpa, le 'ingiustizie', le 'brutalità' ⁽⁷⁶⁾, cui il sistema della responsabilità oggettiva dava luogo. Non ci interessa però interpretare la teoria di Venezian alla luce del dilemma responsabilità oggettiva o responsabilità per colpa: seguire il filo di tale matassa logica ci aiuterebbe poco a comprendere storicamente le ragioni profonde di una proposta, così volutamente iconoclasta, ma al tempo stesso espressione lucida e precocissima dei timori e delle preoccupazioni che attraversavano la disciplina negli anni Ottanta; tale analisi inoltre, cogliendo solo l'elemento eclatante della rottura con la tradizione della responsabilità per colpa, ci precluderebbe l'analisi del nesso esistente tra le necessità pratiche della ricostruzione dell'istituto e le esigenze teoriche della disciplina civilistica.

Dopo aver mostrato quindi le linee portanti e i modelli ispiratori del sistema di Venezian, più che tentare una difficile ascesa nel cielo dei concetti, ci pare utile guardare più da vicino il tavolo da lavoro del nostro giurista, i casi concreti che lo popolavano, le singole ingiustizie cui il sistema era chiamato a rispondere.

(76) Cfr. tali critiche, in specifico riferimento al testo di Venezian, in C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., pp. 730 e ss.; più in generale si confrontino, a mo' di esempio, le pagine della *Preface* di Georges Ripert al *Traité de la responsabilité civile*, cit., di René Savatier ed ancora dello stesso autore *La règle morale dans les obligations civiles*, cit., pp. 198 e ss.; e le note pagine M. PLANIOL, *Études sur la responsabilité civile*, I, *Du fondement de la responsabilité*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXXIV, 1905, pp. 277-292; II, *Responsabilité du fait des choses*, in *ibidem*, XXXV, 1906, pp. 80-99; III, *Responsabilité du fait d'autrui*, in *ibidem*, XXXVIII, 1909, pp. 282-301.

3. *Responsabilità del patrimonio.*

Il realismo di Venezian è solo apparente, a sorreggere tutta l'opera c'è « un elemento idealistico » rispondente a « un sogno di giustizia »: quello di Venezian è insomma un realismo idealistico. In tal modo Ludovico Barassi connotava l'ispirazione caratterizzante il sistema giovanile del giurista triestino e individuava nell'opera — quasi a riscattare il Nostro dalle accuse di un realismo alla Duguit — « la fanfara squillante » di un « animo generosamente impetuoso », « la concezione ideale di un problema fondamentale che erompe dal cuore e dalla mente del giovane studioso, un ideale così radicato e così fecondo da trascinarlo molto in là, oltre i limiti del diritto positivo » (77). Dietro l'idea di « utilità sociale », dietro quella di « reazione sociale », altro non c'è che « il bisogno della massima tutela dell'individuo danneggiato » e il concetto dell'« intervento della società a difesa dell'individuo » (78).

Più che apparente e contraddittorio con 'il sogno di giustizia', il realismo di Venezian è lo strumento indispensabile per la sua realizzazione. L'analisi del nesso causale oggettivo, la configurazione di un sistema senza riferimenti ai profili soggettivi, l'attenzione esclusiva per i 'fatti' si fanno tanto più forti quanto più si vuole affermare la tutela della vittima e far rientrare nuovi casi nella tutela risarcitoria. Ben si può cogliere questo carattere dello scritto considerando quella che Venezian definisce « la responsabilità del patrimonio », e in base a cui la 'spersonalizzazione' del sistema della responsabilità viene portata alle estreme conseguenze per 'dar giustizia' a situazioni soggettive schiacciate dall'esasperato individualismo del Codice o per rispondere a casi irrisolvibili secondo il sistema tradizionale.

L'obbligo del risarcimento — sostiene il Nostro — « ha base oggettiva e natura impersonale »: non è il soggetto che « risponde col patrimonio », ma « del danno risponde il patrimonio » (79). Scompare la personalità umana e il privatista può occuparsi solo della sua sfera esterna di manifestazione, guardarla nella sua mate-

(77) L. BARASSI, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 569.

(78) *Ivi*.

(79) G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 43.

rialità, nella sua certezza, e stabilire in base, a mere relazioni di causalità, degli obblighi cui sono chiamati a rispondere non soggetti, ma patrimoni.

L'utilizzazione della responsabilità del patrimonio è ambigua: da un lato, l'impersonalità della responsabilità è presentata come l'ennesima conseguenza logica dell'interpretazione oggettiva; dall'altro, è un modo per temperare il riferimento causale, perché istintivamente appare meno ingiusto un nesso di mera causalità riferito al patrimonio e non alla persona.

Questo secondo modo di far riferimento al nesso responsabilità-patrimonio ebbe particolare fortuna in giuristi che accettarono solo parzialmente l'idea della responsabilità oggettiva (la riconoscevano per la responsabilità indiretta). È il caso di Pietro Cogliolo che respinge per la responsabilità dei padroni e dei committenti le finzioni della *culpa in eligendo*, riconoscendo che si è di fronte ad un caso di « responsabilità senza colpa »: qui il diritto non guarda ai soggetti, ma segue uno 'scopo sociale' che è quello di « ristabilire l'equilibrio economico di due patrimoni ». Da un punto di vista concreto, secondo Cogliolo, la sostituzione di una concezione all'altra (quella, ad esempio, di una responsabilità del patrimonio dell'impresa alla responsabilità dell'imprenditore) non si traduce in differenze apprezzabili; estremamente importante è invece il rilievo che la nuova funzione assume nell'ordine concettuale: « tolta di mezzo la *persona* e sostituendole un *patrimonio*, non si ha più ripugnanza ad ammettere una responsabilità senza colpa »⁽⁸⁰⁾, e si può sostituire ad un sistema di imputazione rigidamente monistico un sistema basato su più mezzi di imputazione.

La 'minore ripugnanza' del riferimento della responsabilità oggettiva al patrimonio anziché alla persona traspare — presenza condizionante delle convinzioni tradizionali — anche dalle pagine di Venezian, ma egli è personaggio che rifiuta di ricorrere a finzioni giuridiche ed è teoricamente più accorto di Cogliolo: non vuole infatti sostituire una nuova finzione alla 'catena di sofismi' elaborati dalla tradizione civilistica dominante; la responsabilità del patrimonio è, anzi, lo strumento concreto per risolvere unitariamente e in

⁽⁸⁰⁾ P. COGLIOLO, *Le alte idealità del diritto privato* (1898), in *Scritti vari di diritto privato*, I, Torino, UTET, 1910, p. 14.

riferimento ai 'dati reali' le aporie del sistema tradizionale. La responsabilità del patrimonio non è insomma solo un gioco intellettuale o un dolce licore con cui cospargere il boccone amaro della responsabilità senza colpa, è invece la conseguenza di tutta la ricostruzione e il modo operativo per darle la maggiore espansione possibile.

La saldatura tra « sentimento comune » e teoria della responsabilità non sta nella finzione del patrimonio, ma nella sua potenzialità di dare una risposta concreta ai nuovi sviluppi dell'industria, ai problemi emergenti nel campo del 'diritto ferroviario', ai sempre più dibattuti temi della responsabilità dello Stato. La conciliazione delle « esigenze di giustizia col sentimento comune » ⁽⁸¹⁾ avviene a livello pratico nella soluzione dei singoli casi. Ciò reca nello stesso tempo un contributo enorme alla scienza poiché non frammenta l'istituto della responsabilità nelle varie ipotesi e le spiega « interamente ed intimamente, come non riesce a far mai la teorica dell'imputabilità » ⁽⁸²⁾.

Il principio della responsabilità fondato sulla imputabilità può continuare a sorreggersi malamente utilizzando « le grucce » delle presunzioni, ma la presenza dei nuovi problemi sociali rende sempre più difficile la ricomprensione della realtà nelle finzioni giuridiche: « non saprei davvero immaginare, con quale portentoso sforzo d'ingegno si potrebbe dare apparenza scientifica alla responsabilità dello Stato come applicazione del principio: nessuna responsabilità senza colpa » ⁽⁸³⁾. Per contro, la responsabilità del patrimonio può spiegare la responsabilità diretta e quella indiretta in maniera sempre unitaria. Ad esempio, un ente morale vedrà rispondere il suo patrimonio in quanto determina « per la sua stessa esistenza, una data direzione di attività individuali » ⁽⁸⁴⁾; la responsabilità del patrimonio dell'ente non esige inoltre, come necessario termine di collegamento, quella dei rappresentanti dell'ente: si evita in tal

⁽⁸¹⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 281.

⁽⁸²⁾ *Ibidem*, p. 273.

⁽⁸³⁾ *Ibidem*, p. 100.

⁽⁸⁴⁾ G. VENEZIAN, *Responsabilità civile diretta e indiretta*, cit., p. 544.

modo di aggiungere alla finzione della colpa, l'altra finzione per cui la colpa del rappresentante è colpa dell'ente ⁽⁸⁵⁾.

Superamento delle finzioni e capacità di fornire una disciplina a situazioni non inquadrabili secondo la teoria della imputabilità per colpa sono le caratteristiche che rendono preferibile il sistema della responsabilità oggettiva anche nel settore degli infortuni sul lavoro ed in quello dei danni provocati da incidenti ferroviari. La responsabilità può tornare a svolgere il suo ruolo di disciplina unitaria e generale, torna ad essere un istituto di diritto comune e la scienza può, fondandosi sul nuovo principio e superando la lettura esegetica del Codice, finalmente rispondere in modo adeguato a tutti i nuovi fenomeni.

Il rigore e la spietatezza della ricostruzione oggettiva si mostrano così funzionali a tutelare nella loro concretezza le situazioni che mettevano in 'crisi' sempre più forte i principi unitari della disciplina codicistica; e la ricostruzione basata sull'astratta utilità sociale si materializza nell'aderenza della nuova teoria a specifiche situazioni bisognose di una tutela. Siffatta articolazione del discorso sorregge la riflessione del Nostro anche riguardo al punto che fu giudicato il vero e proprio tallone di Achille della sua ricostruzione, il nodo attraverso cui mostrare la intrinseca debolezza della responsabilità sociale rispetto alle possibilità solidaristiche insite nell'elastico criterio della diligenza del buon padre di famiglia, volto a realizzare una solidarietà « mercé una serie innumerevole di doveri e diritti colleganti tra loro le singole autonomie » ⁽⁸⁶⁾.

La critica riguarda la responsabilità per omissione che Venezian giudica ammissibile solo quando la legge prescrive l'azione, fondandosi sull'assunto, intrinseco al criterio di causalità inteso in maniera rigorosa, che « la vera base della responsabilità è sempre un fatto » ⁽⁸⁷⁾. La netta presa di posizione riguardo al tema dibattutissimo della responsabilità da omissione ⁽⁸⁸⁾ pare contrastare con la volontà

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*, pp. 543 e 544.

⁽⁸⁶⁾ L. BARASSI, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 570. Nota la contraddizione anche C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., pp. 778.

⁽⁸⁷⁾ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 279.

⁽⁸⁸⁾ Sul punto la disputa tra i commentatori esegeti era stata vivissima. Cfr. TOULLIER, *Le droit civil français*, cit., vol. VI, n. 117, p. 48, che nel termine 'fatto' dell'articolo 1382 ricomprende sia le azioni che le omissioni: colui che potendo impedire

di allargare le basi della responsabilità civile. Il contrasto è in realtà solo apparente: anche in questo caso si può dire che 'lo spirito' animatore della ricostruzione è sempre quello volto a rendere più comprensive le maglie del sistema. La necessità di ricercare sempre « un fatto positivo come causa del danno » ha infatti tra le conseguenze pratiche su cui di più Venezian insiste quella di far nascere l'obbligo di risarcimento « anche da un fatto lecito che è causa del danno », anche quando cioè « non sia stato possibile di prendere precauzioni atte ad evitare il danno, o quelle prese si appalesino insufficienti » (89). Il principio è importante per i danni prodotti dall'industria: non rileva giuridicamente l'omissione di misure preventive, rileva il fatto dell'attività che porta con se il rischio dei danni. Ne consegue che « chi esercita un'industria non ha da prevedere l'imprevedibile, ma corre sempre un rischio e quando rompe, paga » (90). Il rifiuto della responsabilità per omissione è per Venezian, in negativo, un risvolto logico — invero ben poco rigoroso e ben poco indispensabile — dell'esigenza pratica di una più ampia affermazione del principio della responsabilità oggettiva. Il rigore e la praticità del sistema determinano anche in questo caso la posizione così netta contro la responsabilità da omissione.

Ci pare inutile insistere ulteriormente su questo procedimento argomentativo che unisce alle deduzioni logiche l'interesse per le situazioni concrete da tutelare; quello che ci preme sottolineare ancora è invece come a metà degli anni Ottanta si affacci nel dibattito giuridico italiano una proposta interpretativa che possiamo collocare all'estremo opposto di quella avanzata da Chironi, ma che è in fondo finalizzata alle stesse esigenze.

La traduzione di alcune parole d'ordine della scuola positiva nel diritto civile, la configurazione oggettiva del torto, l'abbandono non solo dei parametri 'psicologici' del flessibile criterio della diligenza del buon padre di famiglia, ma anche della stessa responsabilità del soggetto, mirano a impedire una lacerazione ulteriore della respon-

un'azione pregiudiziale non lo fa è — secondo Toullier — in colpa. Contro tale interpretazione, come sappiamo (cfr. *infra* II. 2), si erano scagliati gli strali della dottrina successiva.

(89) G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 280.

(90) *Ibidem*, p. 281.

sabilità, sono risposte della scienza ai mutamenti in corso che impediscono una scomposizione della disciplina. Dietro tutto il discorso scienziato, dietro tutta l'armatura ostentatamente logica, emerge soprattutto il bisogno di porre fine alla crisi di comprensione della nuova realtà; il superamento di tale crisi esige per Venezian un brusco mutamento di strumenti concettuali e l'assunzione di nuovi punti di riferimento a centro del discorso. La formazione penalistica — o, meglio, ferriana — di Venezian è in ciò rilevantissima: all'individualismo esasperato va sostituita l'utilità sociale, la difesa sociale, la configurazione del risarcimento del danno quasi come un 'sostitutivo penale'. Evidenziare con nettezza gli aspetti pubblicistici del risarcimento può mostrare inoltre in maniera più chiara le ingiustizie del sistema antecedente.

Se la scelta degli strumenti è opposta a quella di Chironi, il fine però è comune. È quello di salvaguardare la capacità della scienza di far fronte al mutamento, quello di poter 'logicamente' pensare ad un sistema ancora capace di fornire ai sempre più variegati casi di responsabilità una risposta 'intimamente' unitaria. La ricerca del fondamento unico della responsabilità costituisce anche nel caso di Venezian il vero principio ispiratore della ricerca; è indispensabile ad impedire che l'accentuarsi delle lacerazioni interne al sistema tradizionale aprisse la via alla creazione legislativa di tanti statuti autonomi di responsabilità, ognuna rispondente ad una logica propria, ognuna segno evidente della dissolvenza insanabile della unità civilistica. I sistemi opposti di Venezian e di Chironi convergono a fornire una risposta alla crisi del diritto comune civilistico, indicando ancora nella scienza la fonte principale di elaborazione e rinnovamento giuridico, la depositaria delle risposte del giuridico al mutamento sociale.

Le teorie contrapposte interne alla civilistica — anche le più eretiche — paiono dunque rispondere ad una logica che potremmo dire di difesa disciplinare. Negli anni in cui il sociale si affaccia in maniera prorompente nelle pagine dei civilisti e ne lacera lo stesso discorso, minandone le basi di unità, i presupposti di pensabilità, le risposte teoricamente più accorte mirano sì a guardare concretamente alle nuove esigenze, ma mirano anche a salvare la scienza, a difendere il diritto comune civilistico come fonte di principi indispensabili al lavoro del giurista. È questo secondo aspetto che

condiziona in modo prevalente la ricostruzione del sistema e che aggrega in maniera coerente le diverse 'risposte' al sociale. I giuristi ritengono che solo una connessione logica, sistematica, unitaria dell'istituto possa fornire risposte valide al sociale; o, meglio: rifiutano la frammentazione perché cresce dove muore la scienza che, costretta ad inseguire i molteplici casi di responsabilità in mille rivoli separati, non 'crea' più guardando a principi unitari, è impotente di fronte alle trasformazioni sociali. Una scienza che si adegua alla frammentazione del sociale dando risposte parziali e settoriali non è più vera scienza giuridica, essa può solo seguire stancamente i sempre più indispensabili e continui interventi del legislatore.

Basti pensare, d'altronde, alla utilizzazione che molti 'frammenti' della teoria di Venezian riceveranno negli anni successivi per mostrare quanto sentito fosse il tema della capacità espansiva delle norme di diritto comune e il bisogno di risolvere solo con esse i nuovi casi di responsabilità, senza ricorrere ad interventi settoriali del legislatore; oppure, più in generale, si consideri quanto rilievo ebbe questa forsennata ricerca dell'unità nel negare sistemi di imputazione 'anomali' rispetto all'uno o all'altro dei sistemi proposti e nel condannare come 'eccezionali' le regole ottenute mediante il 'semplice' comando del legislatore.

L'indispensabile ricerca dell'unità del fondamento giuridico della responsabilità, e la conseguente disputa tra fautori della responsabilità oggettiva e della responsabilità per colpa, va letta entro queste coordinate più ampie, va inserita entro le esigenze della disciplina privatistica come scienza; è, anzi, quasi un mito imposto dalla scienza, perché esalta le capacità interpretative del giurista che continua a scorgere le armonie oltre le disgregazioni del sociale e che dalla scomposizione dei vecchi principi comuni non vede nascere solo un informe ammasso di disposizioni, ma le linee di un nuovo unitario sistema.

CAPITOLO SETTIMO

COLPA AQUILIANA E BUON PADRE DI FAMIGLIA

1. « Vincere il sentimento »: per un « grado unico » di diligenza. — 2. « Buoni cittadini... ma dopo tutto uomini »: il modello del *pater familias*. — 3. Tra sistema ed esigenze pratiche.

1. « *Vincere il sentimento* »: per un « grado unico » di diligenza.

Nei due precedenti capitoli abbiamo contrapposto due modelli, due sistemi della responsabilità aquiliana: l'uno, attento a conciliare tradizione ed innovazione, a riammodernare i principi 'immutabili' della responsabilità per colpa; l'altro, programmaticamente volto a scardinare il sistema della colpa ed a sostituirlo con la responsabilità oggettiva. Si tratta — come abbiamo visto — di sistemi opposti, ma accomunati dalla esasperata ricerca di un'unità ricostruttiva, dal rifiuto dell'interprete di abbandonarsi all'esegesi e di farsi mero esecutore di un 'diritto del legislatore', di un diritto privato che, di fronte all'accelerazione dei mutamenti sociali, è pronto a cambiar pelle ad ogni respiro del legislatore. I due sistemi considerati difendono una concezione unitaria, onnicomprensiva della responsabilità civile e del diritto comune civilistico; e difendono la funzione centrale del giurista quale garante della unità dei principi giuridici contro la creazioni di statuti particolari di responsabilità corrispondenti al variare dei 'soggetti e dei beni'.

Isolare il sistema di Chironi e quello di Venezian nella loro 'purezza' ci ha permesso di scorgere gli obiettivi che caratterizzavano il loro sforzo ricostruttivo soprattutto alla luce del rapporto esistente tra sistema ed esigenze scientifiche della privatistica nei tormentati anni del superamento dell'esegesi. I concetti posti dai nostri autori al centro della loro ricostruzione avevano capacità

espansiva e tentavano di ricondurre al diritto privato tutti i nuovi settori: in un caso attraverso la rigidità della corrispondenza oggettiva della 'sanzione' col torto, creando una mappa ampia quanto tutto il territorio e piegando con forza il diritto privato alle nuove esigenze di tutela; nell'altro caso, operando un ampliamento nei principi tradizionali e definendo con nettezza il confine tra tale dominio esclusivo del civilista, del giuridico, del diritto comune e la terra di nessuno.

Occorre ora abbandonare i nostri due modelli e spingerci a guardare la responsabilità aquiliana seguendo più da vicino i contrasti dottrinali di fine secolo, accostandoci alla giurisprudenza, alle mediazioni tra teoria e prassi tentate da operatori stretti tra infatuazione per le nuove teoriche e ossequio alla tradizione. Si tratta, insomma, di staccarsi un po' dal filtro delle esigenze della scienza civilistica che avevamo assunto a guida nella lettura dei due modelli 'puri' avanzati negli anni Ottanta e di guardare, per un verso, a dispute dottrinali dal carattere apparentemente più astratto ⁽¹⁾ e, per altro verso, alla 'discesa' dei sistemi dal cielo dei concetti al mondo della pratica giudiziaria e delle aule di tribunale ⁽²⁾.

Paiono proiettarci in una atmosfera diversa, lontana dalle preoccupazioni così vive in Venezian e Chironi, gli interventi di Contardo Ferrini ⁽³⁾ sul nostro tema. Il rigore e l'acribia del romanista perfezionatosi in Germania ci forniscono un quadro dei 'Delitti e quasi delitti' ⁽⁴⁾ in cui il problema principale è quello della fedeltà

(1) Si cfr., oltre al presente capitolo, anche il capitolo nono.

(2) Cfr. *infra* capitolo ottavo.

(3) Su Contardo Ferrini (Milano, 1859; Suna, 1902) è sufficiente rinviare ai dati reperibili in P. BONFANTE, *Prefazione* a C. FERRINI, *Opere*, vol. I, *Studi di diritto romano e bizantino*, Milano, Hoepli, 1929; P. DEL GIUDICE, *Contardo Ferrini*, in *Archivio Giuridico*, LXX, 1, (gennaio-febbraio 1903), pp. 159 e ss.; V. SCIALOJA, *Contardo Ferrini* (1928), in *Id.*, *Studi giuridici*, II, *Diritto romano*, Roma, Anonima romana ed., 1934, pp. 293 e ss..

(4) Gli scritti cui si fa riferimento sono: C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, in *Il Digesto italiano*, vol. IX, parte 1, 1887/1898 (il testo è collocabile tra il 1897 e il 1898), pp. 727-820; *Id.*, *Danni (Azione di)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, IV, parti 1/2/3, 1911, pp. 12-104; *Id.*, *La responsabilità del padrone o committente per il proprio domestico o commesso* (in *Annuario critico della giurisprudenza pratica*, IV, 1894), ora in *Id.*, *Opere*, vol. V, *Studi vari di diritto romano e moderno* (a cura di V. Arangio Ruiz), Milano, Hoepli, 1930, pp. 221 e ss.; *Id.*, *Responsabilità della pubblica amministrazione per*

alle fonti romanistiche e al diritto positivo, la utilizzazione accorta dei risultati della Pandettistica e la precisione del sistema. Siamo lontani dunque dalle consapevoli arditezze interpretative del giovane Venezian, ma siamo lontani anche dalla tormentata ricerca del rigore costruttivo di Chironi. Ferrini vuole soprattutto far ordine, ordine concettuale, e non gli importa di verificarlo con le esigenze disciplinari della civilistica, di rendere più o meno ampi i territori sotto il suo controllo, di contrapporre la scienza al legislatore e di 'salvare il diritto privato'.

Non siamo però di fronte ad un romanista rinserrato nel suo mondo, tutt'altro: Ferrini spazia con disinvoltura dal diritto romano al diritto positivo; pone con esattezza il criterio distintivo tra le fattispecie tipiche di responsabilità romanistiche e « la figura generale » stabilita dall'articolo 1151 ⁽⁵⁾; critica, e nel diritto romano e nel diritto positivo, le finzioni di colpa, ingenui mascheramenti che « nulla tolgono alla sostanza del fatto che si fa rispondere taluno, ancorché scevro di colpa, pel fatto altrui » ⁽⁶⁾; è un ottimo conoscitore della letteratura tedesca e fiuta con preciso intuito quanto di più vivo si muoveva nella civilistica italiana. Il puntiglioso romanista che si appresta a far ordine è, insomma, un personaggio estremamente accorto e che ben conosce, oltre che il suo, il mestiere del civilista.

Se 'ordine' si vuol fare e se spregiudicatezze interpretative sono da contrastare negli anni Novanta, una cosa è certa per chi sa ben cercare: le tesi da ammirare, e soprattutto da colpire duramente, non sono quelle urlate sui tetti ma quelle quasi bisbigliate « in un libro non messo in commercio di un ardito giurista italiano, il Venezian » ⁽⁷⁾. Un testo cui non difetta certo « la dottrina e l'ingegno », ma proprio per questo « pericoloso », perché « le concezioni di persone coltissime e acute possono più facilmente far presa » ⁽⁸⁾. È dunque alle pagine di Venezian affermanti la teoria oggettiva come

mancata manutenzione di strade pubbliche (in *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, VI, 1894), ora in *Opere*, vol V, cit., pp. 225 e ss.. Si cfr., naturalmente, anche C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1904 (2. ed).

⁽⁵⁾ C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., pp. 735 e 745; cfr. anche C. FERRINI, *Danni (Azione di)*, cit., pp. 63 e ss..

⁽⁶⁾ C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 730.

⁽⁷⁾ *Ibidem*, p. 731.

⁽⁸⁾ *Ibidem*, p. 737.

fondamento della responsabilità che Ferrini dedica la maggiore attenzione critica.

L'errore di Venezian sta — sostiene — nella distinzione tra *torto semplice* e *torto dannoso* ⁽⁹⁾, sta nel non aver considerato a fondo gli elementi peculiari della lesione del diritto. Il 'delitto civile' infatti non può che consistere in una lesione di diritto: essa è, in primo luogo, violazione di quanto una norma impone, perché « al diritto subbiiettivo corrisponde una norma obbiettiva, senza cui esso non avrebbe significato » ⁽¹⁰⁾; in secondo luogo, deve trattarsi di un « diritto primario », di un diritto cioè che spetta al singolo « pel semplice fatto di essere cittadino » ⁽¹¹⁾. Fissati questi due elementi non resta che trarne le conseguenze logiche: « Il delitto civile consiste nella lesione di un diritto primario, e così è detto tutto; perché essendo ogni diritto subbiiettivo informato ad una norma e non essendo possibile una lesione di diritto senza violazione di una norma, in quella definizione rimane assunto anche l'elemento soggettivo a cui non siamo disposti a rinunciare » ⁽¹²⁾.

Venezian sbaglia quindi a dare rilevanza giuridica ad un danno sprovvisto di tali attributi. Non è sufficiente infatti incontrare un diritto che 'viene diminuito' o anche che 'tramonta' a far sì che si possa parlare di danno giuridico. Esso si verifica solo quando « è lesa la norma che costituisce e tutela il diritto », e la norma « come appello alla volontà umana non può che essere offesa da azioni volontarie » ⁽¹³⁾. Il giurista triestino si è lasciato fuorviare dal riferimento a fatti 'grezzi', senza filtrarli opportunamente nel giuridico: « la perdita e il detrimento economico — precisa Ferrini — per se stessi sono fenomeni che esorbitano dal campo del diritto (...). Il fenomeno puro che uno svantaggio ci deriva dalla materiale azione altrui non è fondamento sufficiente ad un'obbligazione di riparazione, perché l'atto materiale altrui non ha importanza giuridica più dell'*ictus tegulae* che il vento trasporta » ⁽¹⁴⁾.

⁽⁹⁾ Cfr. quanto abbiamo già detto nel capitolo sesto, nota 54.

⁽¹⁰⁾ C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 732.

⁽¹¹⁾ *Ivi*.

⁽¹²⁾ C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 735.

⁽¹³⁾ *Ibidem*, p. 738.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 736.

Il giurista non può e non deve prescindere, dunque, dalla imputabilità; abbandonare tale criterio a vantaggio di « un semplice rapporto di causalità esterno fra l'azione e la perdita economica » significherebbe « contrasta[re] a tutto lo sviluppo storico » e fare ritorno « nell'infanzia del diritto » (15). E inevitabilmente l'ombra di Jhering e della celebre esaltazione della responsabilità per colpa (16) si affaccia prepotente a fornire argomenti contro la tesi oggettivistica: « è radicato nella comune persuasione giuridica — scrive Ferrini — che l'elemento soggettivo sia momento integrale del torto; perché la coscienza giuridica progredita si ribella a riconoscere il torto dove non c'è l'elemento volontario » (17).

Senza elemento soggettivo non si avrà lesione di diritto e non si avrà, di conseguenza, responsabilità aquiliana. Come conciliare però tale indispensabilità dell'elemento soggettivo con i casi in cui, negato ogni riferimento alle lambiccate teorie della presunzione di colpa (18), si è in presenza di una responsabilità senza colpa? Ferrini non ha difficoltà a riconoscere tali ipotesi di fondamento oggettivo della responsabilità: « Si tratta — dice — di casi in cui non vi è stato in senso vero lesione di diritto; vi è stata solo una distribuzione di utilità e di svantaggio, che oggettivamente considerata non si accorda con le esigenze finali dell'ordinamento giuridico » (19); l'obbligazione in questo caso scaturisce « *ex re ipsa* per diretta disposi-

(15) *Ibidem*, p. 738; cfr. anche p. 736: « il diritto subbiiettivo non è suscettibile di lesione se non per opera *imputabile* altrui; giacché un diritto è tale in quanto una norma lo assiste e lo informa, e una norma non può essere che una regola di condotta, e condotta non può essere che il contegno di persona intelligente e cosciente ».

(16) Cfr. R. JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, cit..

(17) C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 736.

(18) Cfr. *ibidem*, pp. 809 e ss.; e C. FERRINI, *La responsabilità del padrone o committente*, cit.. In quest'ultimo scritto Ferrini critica, con Chironi, quanti si facevano sostenitori sul tema di presunzioni *juris et de jure* — cfr., ad esempio, sulla scia di Giorgi e Laurent, L. RAMPONI, *Teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, Bocca, 1890, pp. 111 e ss. —; ma si schiera anche contro la tesi della rappresentanza di Chironi: sostenere che la responsabilità in questione è effetto di un rapporto di rappresentazione, significa — afferma — non cogliere la vera natura dell'istituto; non si può parlare infatti in questo caso di responsabilità per fatto proprio, « piuttosto è una reazione degli effetti di una data attività su chi vi ha dato impulso e movimento » (p. 223).

(19) C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 736.

zione della legge». La violazione della norma — e con essa il carattere comune con la responsabilità nascente da lesione del diritto — sussiste anche in questo caso, ma è spostata: la norma non è violata quando avviene la perdita, lo svantaggio, ma in un momento successivo, allorché non si adempie all'ordine di riparare ⁽²⁰⁾.

Il riconoscimento di tale « responsabilità oggettiva (chiamiamola così per modo di intenderci) » non nega pertanto la ricostruzione tutta fondata sull'assunto per cui non si può e non si deve rinunciare all'elemento soggettivo, e non nega l'indispensabile corollario per cui le « perdite » e gli « svantaggi » non possono dar luogo a riparazione fino a che « non assurgono a danno in senso giuridico strettissimo »; il resto è *ictus tegulae* che il vento trasporta e non ha rilevanza giuridica. Le ipotesi di responsabilità oggettiva non pongono che una lieve incrinatura a tale lineare costruzione, avendo *de iure condito* solo una eccezionale « funzione suppletoria » ed essendo *de iure condendo*, « checché altri ne dica », prive di prospettive ⁽²¹⁾.

Risolta la responsabilità per i padroni e i committenti e quella di cui agli articoli 1154 e 1155 rinunciando all'« amminnicolo estrinseco » della presunzione e facendo sostanziale riferimento — anche se, come abbiamo visto, in maniera non del tutto esente da ammennicoli — alla responsabilità oggettiva ⁽²²⁾, il sistema della responsabilità per colpa dovrà ricostruirsi con il massimo rigore possibile, rifiutando ogni allargamento del principio, cedimenti a tentazioni oggettivistiche, e senza lasciarsi « commuovere con esempi drammatici, ad arte escogitati e foggiate » ⁽²³⁾.

Si lasciano « vincere dal sentimento » e si abbandonano a « considerazioni estranee al sistema del diritto », ad esempio, quegli autori che, pur ammettendo l'imputabilità per colpa, ritengono iniquo che la legge non stabilisca alcun obbligo di risarcimento per

⁽²⁰⁾ *Ivi*: « Nel delitto civile (sia che si tratti di responsabilità originaria, sia che si tratti di responsabilità riflessa), la violazione della norma è il *prius* e l'altrui svantaggio il *posterius*; invece nelle figure recentemente considerate, lo svantaggio è il *prius*, e la violazione della norma è il *posterius*: *ivi*, la norma inibisce di *offendere*, qui ordina di *riparare* ».

⁽²¹⁾ C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 736.

⁽²²⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 809 e 814 e ss..

⁽²³⁾ *Ibidem*, p. 789.

i fatti dannosi del pazzo e dei fanciulli e perciò formulano teoriche piene di ambigui « temperamenti », di « oscillazioni », di « mezzi termini » (24). Può, certo, essere comprensibile che tali critiche alle logiche conseguenze della responsabilità per colpa siano portate dai fautori della responsabilità oggettiva, ma meno comprensibile è per Ferrini il fatto che le avanzino autori che fondano tutta la loro analisi sulla colpa (25). Tali incertezze ricostruttive, tale poco giuridico sentimentalismo sono ancora più facili da riscontrare qualora si passi a valutare la colpa non nella sua relazione con il soggetto, ma nella sua « entità e natura ». In questo caso l'aver indugiato a considerare la posizione della vittima ha spinto parte della dottrina ad imporre al soggetto agente un grado di diligenza tale da rasentare la perfezione; una perfezione lontana dalla realtà delle vicende umane. Per far sì che un numero più ampio di danni desse luogo a risarcimento, si è voluto superare — scrive Ferrini — « ciò che si può pretendere dai buoni cittadini; cittadini attenti e onesti, ma dopo tutto uomini e cioè necessariamente imperfetti e limitati » (26).

Oggetto della critica è chiaramente la tesi richiedente per la responsabilità aquiliana un grado di diligenza superiore a quella 'ordinaria' di un buon padre di famiglia (responsabilità per *culpa levissima*) e, conseguentemente, l'attacco è rivolto all'elemento cardine su cui gran parte della dottrina fondava la differenza tra responsabilità contrattuale e aquiliana. Come non accorgersi che la teoria della colpa lievissima, con la sua assurda pretesa di estendere la diligenza al di là della normalità, si pone in intimo contrasto con la teoria della colpa e conduce alle stesse conseguenze pratiche — vale a dire, per Ferrini, alle stesse aberrazioni e alle stesse brutalità — della responsabilità oggettiva.

I fautori della colpa lievissima e della responsabilità oggettiva si trovano ad un tratto affiancati: Chironi e Venezian non sono più sostenitori di modelli contrapposti, ma personaggi che, ponendo

(24) *Ibidem*, p. 789. Come sempre l'accusa di 'sentimentalismo' può essere capovolta e usata contro Ferrini: si consideri, ad esempio, tutta la sua sentimentale comprensione per la fragilità e l'umanità dell'autore del danno.

(25) Il riferimento critico va a Chironi e a Giorgi. Cfr. *ivi*; e C. FERRINI, *Danni (Azione di)*, cit., pp. 73 e ss..

(26) C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 792.

una « rigorosissima misura » per la colpa aquiliana, hanno consapevolmente mirato ad operare uno stravolgimento del diritto positivo, senza curarsi di far così 'retrocedere' il diritto e di ostacolare il dinamismo degli affari indispensabile nella società moderna. Quella colpa lievissima tanto esaltata da Chironi altro non è che un implicito germe della responsabilità oggettiva e niente ha a che fare con il principio della colpa: non fornisce infatti alcun valido modello di condotta per i singoli e ha l'assurda pretesa di graduare millimetricamente la diligenza dei soggetti, di esaminare sottilmente e con parametri spietati ogni singola azione umana.

I giuristi che si adoperano in tali artifici logici hanno abdicato, secondo Ferrini, alla loro funzione, hanno rinunciato a considerare che occorre sempre permettere a ciascuno di regolare la propria condotta in maniera tale da potersi sottrarre alla responsabilità. Il giurista ha bisogno di un contatto stretto e costante con la realtà, invece i fautori di tali teorie dimostrano di vivere rinserrati nelle loro biblioteche: « ottime persone senza dubbio, ma che hanno sciupato la testa sui libri più che non l'abbiano adoperata per intendere il grande e vasto dramma della vita » (27).

La frase *in lege Aquilia et levissima culpa venit* — è di questo che ogni buon giurista deve rendersi conto — non ha posto un grado ulteriore per la diligenza del buon padre di famiglia nel diritto romano, secondo cui non si richiedeva mai, come pretendeva Heineccio, quella diligenza estrema di coloro che *ad rem attentissimi oculos centum habent* (28); né può fondarla nell'odierno diritto positivo che esige il riferimento al solo grado ordinario di diligenza, tanto per la responsabilità aquiliana, quanto per quella contrattuale.

Cosa c'è, d'altronde, oltre la diligenza del tipo « ordinario, concreto, eminentemente umano del *pater familias* » (29)? C'è una diligenza che non è più tale, perché sfocia nelle 'barbarie' della responsabilità per mera causalità; c'è un modello che non è umano,

(27) C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 792. Cfr. anche C. FERRINI, *Danni (Azione di)*, cit., pp. 75 e ss., ove la posizione è ribadita contro Chironi, ma in maniera meno polemica.

(28) Cfr. C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., pp. 758 e ss.; J. G. HEINECCIUS, *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum, commoda auditoribus methodo adornata*, Venetiis, Balkoniana, 1770, § 787, p. 362.

(29) C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 758.

quello del 'superuomo'; c'è una diligenza che — come sostiene Puchta — altro non può essere che quella del pazzo, perché solo il pazzo può ostinarsi a seguire una eccezionale meticolosità in tutte le operazioni della vita ⁽³⁰⁾. Ed ancora: come non rendersi conto della profonda incongruenza insita nella posizione di quanti, da un lato, parlano di colpa lievissima e, dall'altro, chiedono « indulgenza » per l'umana fragilità: « e allora cosa è la colpa lievissima? » ⁽³¹⁾.

Trasformata in burletta la teoria su cui aveva puntato Chironi per mantenere i principi tradizionali al passo con le trasformazioni sociali, marchiata di infamia la responsabilità oggettiva, il nostro romanista è ben soddisfatto e può abbandonare la *pars destruens* per mostrare i vantaggi del suo sistema, reputato — quasi inutile dirlo — l'unico 'vero' sistema delle Fonti e della legge.

Il bene di cui Ferrini si fa banditore è quello della semplicità, un bene raro nel territorio della colpa. Esiste — sostiene — un solo grado di diligenza che si può esigere dai soggetti ed è quella del buon padre di famiglia, un modello che la legge utilizza non soltanto per le parti che contrattano, ma anche nei contatti tra individui non legati da alcuna relazione contrattuale. Oltre tale grado di diligenza, oltre quindi i limiti della colpa, c'è soltanto il caso fortuito che sussiste anche quando il danno avrebbe potuto evitarsi con una diligenza meticolosa, superiore cioè a quella ordinaria. I danni così causati dovranno — a meno che non si voglia incorrere in banali confusioni tra risarcimento e pena — essere risarciti integralmente senza alcuna proporzione con presunti 'gradi' di colpa ⁽³²⁾.

L'accoglimento di un unico 'grado' di colpa — è questo l'aspetto su cui Ferrini insiste —, sia per la responsabilità aquiliana che per quella contrattuale, permetterà di risolvere non poche questioni su cui vanamente disputa la dottrina: se, ad esempio, la colpa aquiliana non differisce da quella contrattuale, cadono nel vuoto le discussioni sulla incidenza o meno dei vincoli obbligatori nascenti

⁽³⁰⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 758 e 792. Cfr. G. F. PUCHTA, *Pandekten* (Elfte neu vermehrte Auflage. Nach dem Tode des Verfassers besorgt von A. F. Rudorff), Leipzig, Barth, 1872, § 266, p. 408.

⁽³¹⁾ C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 793.

⁽³²⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 741 e ss..

dal negozio giuridico sulla responsabilità extracontrattuale ⁽³³⁾, si superano le ingiustizie cui la pretesa diversa graduazione di colpa dà luogo per la responsabilità dei professionisti ⁽³⁴⁾ e si può accettare senza particolari difficoltà il patto di esonero dalla colpa lieve anche in materia aquiliana ⁽³⁵⁾.

La dura requisitoria di Ferrini porta ai civilisti un solo messaggio: non potete continuare ad utilizzare il diritto romano per 'stravolgere' il diritto positivo; non potete, se tanto peso ancora date alle fonti romanistiche, addomesticarle a vostro piacimento, ignorando magari le analisi di Pernice e quelle di Hasse; il 'vero' sistema di diritto romano, se correttamente inteso, è semplice e lineare e semplice deve essere resa la lettura degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile. Le ricostruzioni civilistiche complessive finalizzate alle esigenze della scienza sono, dunque, piene di falle e di contraddi-

⁽³³⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 795 e ss.; per un'efficace sintesi delle dispute romanistiche tra opinioni favorevoli ad una piena indipendenza dell'azione di responsabilità aquiliana da quella della responsabilità contrattuale ed opinioni che ammettevano invece che l'una influisse sull'altra, cfr. *ibidem* pp. 760 e ss.; e C. FERRINI, *Danni (Azione di)*, cit., pp. 23 e ss..

⁽³⁴⁾ « Specialmente l'esempio dei professionisti è utile da meditare; poiché qui siamo ora in tema di contratto e ora no e tuttavia nessuno vorrebbe fare distinzione fra la sua responsabilità nell'uno e nell'altro caso. Se io chiamo un medico al mio letto, sorge sicuramente un contratto; ma se un medico cura un ammalato nell'ospedale? ma se un medico corre sua sponte e assume la cura di un ferito che è fuori dei sensi? ma se un terzo prega un medico a curare un pazzo? Qui non siamo in tema di contratti; eppure chi vorrebbe, ripeto, distinguere? » (C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 796). Il punto è ulteriormente chiarito in C. FERRINI, *Danni (Azione di)*, cit., pp. 77 e ss..

⁽³⁵⁾ « Un simile patto che è validissimo e lecito perfettamente in materia contrattuale, perché non potrebbe essere ammissibile in materia extracontrattuale? »: C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 787. Non ritiene invece che esista alcuna contraddizione sul punto Chironi che rifiuta il patto di irresponsabilità: « La ragione non è data dal riflettere che questo patto non si può concepire, trattandosi di immunità di colpa non ancora commessa, ma dall'essere il contenuto contrario all'ordine, alla morale pubblica. Stabilire a favore di un individuo la immunità di colpa che può commettere, è spingerlo a commetterla, è favorire l'occultamento dell'ingiuria data con dolo sotto le apparenze della colpa: e la legge che vieta così rigorosamente l'ingiuria, non potrebbe permettere che un privato ponesse la sua legge speciale del contratto al di sopra della generale, e derogarvi. Quando la ingiuria sia stata commessa, il diritto dell'offeso si risolve in danni interessi e si può disporre come si crede: ma finché si tratta di ingiuria da avverarsi, rimane obbligatorio e inderogabile il principio che recare ingiuria è vietato » (G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1^a ed., vol. II, p. 417).

zioni, le tendenze ad estendere al sociale il diritto privato attraverso lo strumento della responsabilità civile sono incongruenti: occorre rimanere alle Fonti, al rigore del sistema, trarne le logiche conseguenze e, quali che esse siano, seguirle. A volte il rigore del sistema classico e moderno potrà certo, in virtù della sua universalità, coincidere anche con una più ampia tutela delle nuove situazioni sociali; ma ciò dovrà avvenire 'per caso' e non perché il giurista, facendosi « ammiratore nel campo del diritto privato di certe nuove tendenze così dette sociali »⁽³⁶⁾, possa consapevolmente porre la ricerca di tale tutela come obiettivo del proprio lavoro e trarne la sua lettura del passato e del presente.

2. « Buoni cittadini... ma dopo tutto uomini »: il modello del *pater familias*.

Per sconfiggere le dispute sui gradi della colpa e accomunare la diligenza contrattuale con quella aquiliana bisognava far sì che una figura troneggiasse assoluta, indenne da critiche, anzi, capace di utilizzarle per rafforzarsi: quella del buon padre di famiglia. Quel « tipo ordinario, concreto, eminentemente umano », come lo dipingeva Ferrini, quell'« uomo normale attento e provvido »; modello concreto, 'reale': « il *pater familias* vive, e noi lo incontriamo nella vita e nella nostra società »⁽³⁷⁾. O ancora, come lo presentavano Cogliolo e Fadda respingendo le ironie di Menger e di Gierke⁽³⁸⁾, munito di una intelligenza che non mira all'astratto individualismo e che è sempre attenta a guardare allo scopo di sociale convivenza imposto ad ognuno⁽³⁹⁾, ispirato non da egoismo ma da « equità » e « senso pratico »⁽⁴⁰⁾, o, meglio, il cui egoismo si trasforma pron-

⁽³⁶⁾ C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 734.

⁽³⁷⁾ C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 758.

⁽³⁸⁾ Cfr. soprattutto A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, in *Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik*, II, 1889, (pp. 1/73; 419/482) in particolare pp. 475 e ss.. Sul punto cfr. D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 278 e ss..

⁽³⁹⁾ Cfr. P. COGLIOLO, *Le alte idealità del diritto privato* (1898), in *Scritti vari di diritto privato*, cit., vol. I, p. 10.

⁽⁴⁰⁾ C. FADDA, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa* (Memoria letta alla

tamente in 'giuridico altruismo'. La diligenza che si deve chiedere al padre di famiglia — precisa Fadda nei confronti di Menger — è quella che egli presta negli affari propri: « Si esige tanta energia di altruismo quanta ne suole applicare nella vita pratica il sentimento del proprio interesse, o, se così vuoi, l'egoismo. Intesa così la regola (...) è chiaro che quanto più si caricano le tinte nel dipingere l'egoismo del *pater familias* romano, tanto più si viene ad accrescere la richiesta energia altruistica, si rende rigido il criterio della così detta colpa lieve in astratto » (41).

Se l'ordinamento nelle relazioni contrattuali guarda a quest'uomo ed esige la sua diligenza, considera benevolmente le sue umane imperfezioni e le sue esigenze di districarsi con 'praticità' negli affari, perché mai — ci si chiede — lo stesso ordinamento dovrebbe improvvisamente cambiar misura nelle relazioni extracontrattuali, perché mai dovrebbe in questo campo abbandonare la figura del *tipo medio di uomo diligente* per far ritorno a formule « difficili e ambigue » (42). Occorre convincersi, quindi, che il 'grado' di diligenza richiesta è uno solo e che « gli articoli 1224 e 1151 contemplano la stessa specie di colpa » (43).

Il nodo principale era quello della valutazione della diligenza, valutazione mediante cui il giudice « sutura » l'aspetto psicologico

R. Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli), Napoli, tip. R. Università, 1901, p. 31.

(41) *Ibidem*, pp. 38 e 39.

(42) P. COGLIOLO, *Misura del danno aquiliano*, in *Scritti vari*, cit., vol. I, p. 195.

(43) *Ivi*. Lo sforzo della dottrina civilistica di giungere ad un concetto unico di colpa nel settore contrattuale ed extracontrattuale è stato valutato, in una recente ricostruzione di lungo periodo della questione, come espressione di un accentuato formalismo dogmatico (di cui si fecero in diversa misura portatori, nel periodo in questione, autori come Ferrini, Cogliolo, Rotondi, Barassi, Betti, Tommaso Mosca, Pacchioni, Carnelutti) tendente ad imporsi contro la tesi dei civilisti fautori della tradizione, e dunque della *culpa levissima* (Giorgi, Chironi, Polacco). Cfr. G. VISINTINI, *Dottrine civilistiche in tema di colpa extracontrattuale*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, Giuffrè, 1990, (pp. 707-745) in particolare pp. 739 e ss.. Entro questa complessiva linea di tendenza, è spesso difficile, però, comprendere le scelte 'logiche' dei civilisti ipotizzando una coerente strategia metodologica, una lineare opposizione tra nascente formalismo e tradizione. Sulla questione si cfr. comunque, oltre al presente capitolo — ed a quanto già scritto *infra* II.4 — anche *infra* VIII. 1 e IX. 4.

della colpa con quello giuridico (44). L'esigenza di fissare per tale valutazione un modello astratto di riferimento e l'assunzione del buon padre di famiglia a tipo ideale non implica, in realtà, l'assoluta impossibilità di far riferimento ad una diligenza 'maggiore' rispetto a tale modello di valutazione. È quanto affermava — spesso, in verità, confusamente — Chironi che non intendeva certo rinunciare al buon padre di famiglia e lo utilizzava come 'metro' per fissare un livello superiore di diligenza, quella necessaria ad evitare la colpa lievissima colpita dalla responsabilità aquiliana (45).

La disputa a questo punto tornava a spostarsi: in diritto romano, sull'attendibilità di quel *in lege Aquilia et levissima culpa venit* quale possibile fondamento di una diligenza superiore a quella ordinaria; in diritto positivo, sulla portata dell'articolo 1224, richiedente quale diligenza da impiegare nell'adempimento dell'obbligazione « sempre quella di un buon padre di famiglia », e sul peso da dare al « qualunque fatto » di cui all'articolo 1151 in relazione al tema della colpa. Dispute senza fine in cui argomenti vecchi e nuovi si contendevano il campo, riguardo al modo di intendere e valutare l'unicità della colpa, riguardo alle discrepanze delle tutele dei diritti reali e dei diritti di obbligazione che la diversa 'misura' della colpa nel settore contrattuale ed in quello aquiliano avrebbe implicato (46), riguardo all'unicità o alla pluralità dei criteri necessari a determinare la colpa (47).

(44) Cfr. C. MAIORCA, *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, 1960, (pp. 534/614) pp. 578 e ss..

(45) Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 2ª ed., vol. I, pp. 127 e ss.: «...la figura del buon padre di famiglia è indice misuratore della diligenza e della colpa, qualunque sia il grado di diligenza e della colpa ». Anche Chironi si associa alle critiche a Menger: *Colpa contrattuale*, 2ª ed., pp. 52 e 53.

(46) Cfr. ancora sul punto *infra* cap. IX. 4.1.

(47) Si cfr., ad esempio, la confusa critica di Cesareo Consolo a Chironi: l'ammissione che la responsabilità aquiliana sorge da 'qualsiasi negligenza', implica il necessario abbandono di qualsiasi modello astratto generale di riferimento, implica quindi la scomparsa del modello del buon padre di famiglia: « Perché occuparci per stabilire il tipo ideale di diligenza? A che preoccuparci se la colpa debb'essere, nei quasi delitti *in abstracto* o *in concreto*? Basta che la colpa ci sia per dar origine alla responsabilità dell'agente; ogni altra indagine è superflua » (G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, p. 141). In base a quale parametro il giudice sia chiamato a giudicare se la colpa « ci sia » non è dato però sapere.

Inevitabilmente tali discussioni ripercuotevano nel settore della responsabilità aquiliana l'eco di antiche e ancor più furenti controversie esistenti riguardo alla colpa contrattuale. Terreno prediletto per le « cabale giuridiche », per « le sottigliezze dei casisti e le rigidità dei sistematici » (48), la teoria della colpa aveva costituito, per dirla con Carlo Fadda, « il lato teologico del diritto civile » (49). Non ci interessa qui esporre nei dettagli i contrasti interpretativi che avevano diviso e che, pur alla presenza 'chiarificatrice' dell'articolo 1224, ancora dividevano dottrina e giurisprudenza; una breve incursione in questo terreno può però essere utile per chiarire talune ambiguità ricostruttive che abbiamo visto presenti in materia aquiliana. Le dispute più sottili presenti in tema di colpa contrattuale ben evidenziano infatti quel contrasto tra irrinunciabile esigenza di fissare un modello ampio ed elastico di riferimento da fornire al giudice per la sua valutazione e contestuale tendenza a fissare, velleitariamente, in una rigidità assoluta tale criterio, ad impedire ogni 'libertà' nel suo uso concreto.

Fadda agli inizi del secolo, nell'impeto della polemica contro Menger e Gierke, individua, pur con qualche retorica, proprio nell'elasticità e nell'ampiezza il carattere peculiare offerto dal criterio valutativo del buon padre di famiglia. Ascoltiamolo: « ...il mezzo tecnico per la determinazione della colpa è di così squisita perfezione che, qualunque sia la condizione dei contraenti posti fronte a fronte, esso funziona sempre mirabilmente nel senso dell'equità. A questa stregua ciascuna delle parti, forte sia o debole, dovrà portare nella esecuzione del contratto quella diligenza che, giudicando *ex equo et bono*, un uomo fornito di normale capacità ed avvedutezza adopera nelle cose proprie. Il criterio è così ampio che appunto si potrà tener conto anche, ove occorre, della disponibilità della condizione economica. La norma romana anzi avrà questo

(48) V. POLACCO, *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano* (Memoria letta alla R. Accademia di scienze lettere ed arti in Padova nella tornata del 10 giugno 1894) Padova, tip. Randi, 1894, pp. 5; 8 e 30: occorre che « questa parte venga riformata con larghezza di vedute che si allontani sempre più dalle indagini metafisiche e dal pericolo di ricadere nelle vecchie cabale, per accostarsi meglio alla realtà della vita ». L'articolo è poi ampiamente rifuso in V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1915, 2^a ed., pp. 404 e ss..

(49) C. FADDA, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*, cit., p. 6.

vantaggio, applicata nell'odierno ambiente sociale, che essa affinerà sempre più, in quanto il *bonus vir*, il *magnus iudex*, educato in tempi così proclivi alle idee umanitarie, potrà sollevarsi assai sopra del giudice romano » (50). Una capacità di aderenza alle nuove condizioni sociali che è ulteriormente esaltata dall'indispensabile utilizzazione da parte del giudice del criterio della buona fede mediante cui si potrà evitare di cristallizzare ed irrigidire le normative per coglierne « la varietà, la mutabilità, la pieghevolezza, l'elasticità, rivolte ad adattarle a' multiformi rapporti e bisogni della vita » (51).

Ad uscirne rafforzato è inevitabilmente il ruolo del giudice che nell'applicare i criteri fondamentali stabiliti in materia di colpa dovrà utilizzare in modo ampio il riferimento alla buona fede: « Come per il diritto romano, così per il moderno, è il giudice che, come *bonus vir*, in base ai criteri della buona fede, della lealtà, dell'onestà giudicherà se nel caso concreto vi fu un comportamento quale la natura del rapporto esige » (52). L'ampiezza del criterio della

(50) *Ibidem*, p. 43.

(51) *Ibidem*, p. 32. Sul punto cfr. D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede*, cit..

(52) In questa sede si può solo segnalare come questo intervento porti a piena maturazione — pur modificandole in parte — alcune consapevolezze già enunciate da Fadda in una sua prolusione macerataense del 1881 (C. FADDA, *L'equità e il metodo de' giureconsulti romani*, Prolusione letta a dì 15 gennaio 1881 nella R. Università di Macerata, Macerata, tip. Bianchini, 1881) in cui però l'esigenza di far prevalere il dettato della norma positiva appariva prevalente: « Il giudice non può correggere la legge: ciò facendo egli andrebbe oltre e contro la legge, giudicherebbe non *secundum leges* ma *de legibus*, s'eleverebbe fino a quella suprema autorità legislativa che aveva il pretore romano » (p. 10). Il nodo da sciogliere, in realtà, è un altro: quello di trovare una strada tra la visione legalistica del giudice 'bocca della legge' e il sistema come ampio spazio per 'correggere', 'piegare', 'elasticizzare' le disposizioni normative. Sul ruolo del giudice, in fondo, si può essere d'accordo: « il giudice non fa che svolgere quanto implicitamente contenuto nella legge (...). Ecco la sola equità che il giudice possa far valere nell'attuazione del diritto, quella che, di fronte allo spirito della legge, e combinandone tutte le disposizioni, riesce ad una conseguenza che armonizzi le antinomie apparenti, supplisce al difetto d'un precetto espresso, determina la vera estensione di un disposto: non quella autoritaria, cerebrina che nuovo letto di Procuste stira e mozza le disposizioni legislative a capriccio e secondo il preteso bisogno del momento » (p. 11). Cfr. sul tema, negli stessi anni della Prolusione di Fadda, V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* (Discorso letto a Camerino il 23 novembre 1879, Camerino, 1880), ora in ID, *Studi giuridici*, vol. III, *Diritto privato*, cit., (pp. 1/23).

diligenza del buon padre di famiglia e l'utilizzazione della buona fede costituiscono, dunque, per Fadda i principi ispiratori della valutazione del giudice, gli strumenti che gli permettono di seguire ogni mutevolezza della vita sociale.

Era stata proprio l'ampiezza e l'elasticità del modello del buon padre di famiglia a costituire il centro delle controversie sul tema negli anni precedenti. Per un verso, infatti, la dottrina voleva semplificare la materia e guardava con favore all'ampiezza del criterio fissato nell'articolo 1224; per altro verso, voleva negare ogni 'arbitrio' del giudice ed individuare, diciamo così, all'interno del modello elastico dei criteri rigidi capaci di eliminare « l'inconveniente della facoltà larghissima di apprezzamento lasciata al giudice » (53).

L'articolo 1224, come si sa, stabiliva che « la diligenza da impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambidue, è sempre quella del buon padre di famiglia, salvo il caso del deposito accennato nell'articolo 1843 »; il secondo comma stabiliva che tale regola doveva essere applicata « con maggiore o minore rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice ». Mentre l'articolo 1843 riguardante il deposito richiamava la cosiddetta *culpa in concreto*: « Il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie ». L'eliminazione del riferimento alla *utilitas contrahentium* aveva, com'è noto, lo scopo di

Riguardo all'abilità di Fadda nello sfruttare gli spazi di elasticizzazione del dettato normativo consentiti all'interprete — alla scienza — giova confrontare il suo *Rapporti del conduttore coi terzi in tema di danno*, Torino, UTE, 1891, in cui Fadda interpreta in maniera « larga e comprensiva » l'articolo 1151, in modo tale da accordare una tutela non solo ai diritti reali, ma anche ai diritti di obbligazione. Anche per Fadda è il sistema lo strumento indispensabile per trasformare il diritto secondo le esigenze dell'«organismo sociale»: « Ogni nuovo rapporto di fatto che la vita, nelle sue proteiformi vicende crea non è elemento eterogeneo intruso dell'organismo sociale, ma svolgimento di questo. Epperò nemmeno il suo corrispondente regolamento giuridico si distacca dal sistema esistente: anzi, non è se non l'espressione di questo » (quest'ultima citazione di Fadda, contenuta nelle note alle Pandette di Windscheid, è tratta da V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Discorso letto per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889/1890; nell'Università di Camerino, il 17 novembre 1889, ora in ID, *Scritti giuridici*, cit., vol. I, (pp. 415/441) p. 424; si cfr. in *ibidem* per gli sviluppi dati a tale affermazione).

(53) G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2^a ed., p. 59.

eliminare la concezione che graduava la diligenza in base ad essa: si faceva riferimento alla *culpa lata* se il debitore non traeva alcun vantaggio dal contratto; alla *culpa levis* se il contratto giovava ad entrambe le parti; alla *culpa levissima* se giovava al solo debitore (54).

Consideriamo un solo aspetto delle eccezioni stabilite al criterio della diligenza del buon padre di famiglia, quello della diligenza in concreto del deposito. Sul punto la disputa era vivissima e l'accusa rivolta da tutti contro tutti pareva essere la stessa: voler far ritorno al passato, lanciarsi in una casistica eccessiva, assurda, incompatibile con il nuovo sistema della legge.

Per Chironi la preoccupazione maggiore era quella di far notare come nel caso in questione la linea di condotta del giudice fosse « perfettamente tracciata » (55). La diligenza in concreto — dice — non può essere considerata quale semplice diminuzione della regola generale della responsabilità del buon padre di famiglia, essa rappresenta invece una vera e propria « regola speciale », « un diverso modo di essere della colpa » (56): se la diligenza del depositario andrà valutata in concreto, ciò significa che essa potrà essere maggiore oppure minore di quella del buon padre di famiglia. Anche nei casi in cui la valutazione della diligenza del depositario dovrà essere fatta con « maggiore severità » (57) il giudice non dovrà far altro che seguire dei criteri direttivi che sono esattamente tracciati dalla legge. Se infatti il depositario pone nei suoi affari una diligenza che è inferiore a quella del buon padre di famiglia, la severità maggiore consisterà nel richiedere un grado di colpa tra questi due limiti; se il depositario invece adopera la cura ordinaria del buon padre di

(54) Sul punto è sufficiente rinviare a M. TALAMANCA, *Colpa civile (diritto romano e intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, 1960, pp. 517 e ss.; per una sintetica visione di insieme sempre utile F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni*, Torino, Bocca, 1921.

(55) G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2^a ed., p. 207.

(56) *Ibidem*, p. 203.

(57) Erano stabiliti dall'articolo 1844: « La disposizione del precedente articolo si deve applicare con maggior rigore, 1. Quando il depositario si è offerto a ricevere il deposito; 2. quando ha stipulato una remunerazione per la custodia del deposito; 3. Quando il deposito si è fatto unicamente per l'interesse del depositario; 4. Quando si è convenuto espressamente che il depositario sarà obbligato per qualunque colpa ».

famiglia, il giudice potrà tranquillamente spazziare tra questo grado e quello del diligentissimo padre di famiglia ⁽⁵⁸⁾.

A Vincenzo Simoncelli tale interpretazione del giurista sardo appare fondata su argomenti errati, conducenti ad una « casistica psicologica assi difficile da applicare » ⁽⁵⁹⁾. In realtà, sostiene Simoncelli, la regola è molto più semplice di quanto non appaia a Chironi: nel caso del deposito non c'è mai alcun aggravamento della diligenza del buon padre di famiglia ed anche quando la legge esige « maggior rigore » non si potrà mai sorpassare tale 'tetto' di diligenza. Del resto, è facile che cada in tali errori chi, come Chironi, anche in materia aquiliana si spinge nella 'casistica psicologica' sino ad esigere « più di quello che si può pretendere da un *bonus paterfamilias* », travisando così apertamente e la legge e la migliore dottrina ⁽⁶⁰⁾.

La critica fondamentale di Simoncelli a Chironi è dunque quella di alimentare una casistica eccessiva e di frammentare oltre il segno la graduabilità della colpa, ignorando bellamente la corretta applicazione del principio generale dell'articolo 1224 del Codice civile informatore di tutto il sistema.

È singolare notare come la stessa critica fosse mossa, con maggior veemenza, a Simoncelli da Vittorio Polacco.

L'accusa è esattamente la stessa, ed anche le parole: la tesi di Simoncelli — scrive Polacco — « alimenta (...) una casistica psicologica di assi difficile interpretazione » ⁽⁶¹⁾; essa è assolutamente da respingere, se non si vuole vedere riaffiorare nelle interpretazioni del Codice « l'andazzo dei vecchi Dottori » ⁽⁶²⁾. Ad ispirare Po-

⁽⁵⁸⁾ G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2^a ed., pp. 202 e ss..

⁽⁵⁹⁾ V. SIMONCELLI, *Contributo allo studio della custodia nel diritto civile italiano* (in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XIV,1) ora in ID, *Scritti giuridici*, cit., (pp. 443/502) p. 481.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*, pp. 458 e ss. « La legge, come l'Hasse, parla di qualunque fatto, non di qualunque negligenza, e non c'è ragione di pretendere un tipo più perfetto quando si tratta di colpa contrattuale » (*ibidem*, p. 447). Sulla primo aspetto della questione si cfr. U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, Jovene, 1958, pp. 20 e ss..

⁽⁶¹⁾ V. POLACCO, *La culpa in concreto*, cit., p. 28. Polacco aveva già in precedenza aspramente polemizzato contro Simoncelli nel 1890, sul punto cfr. P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Polacco versus Simoncelli)*, in *Rivista di diritto civile*, XXXV, 2, 1989, pp. 197/224.

⁽⁶²⁾ V. POLACCO, *La culpa in concreto*, cit., p. 12. È impossibile — continua

lacco è la stessa volontà di ampliare il dominio del criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia; a questo fine egli auspica, più che l'adozione del criterio interpretativo proposto da Chironi, l'eliminazione del criterio della diligenza in concreto ⁽⁶³⁾ al fine di « togliere l'adito il più possibile a quelle sottigliezze casistiche (...) le quali trovano particolarmente in questa materia della colpa contrattuale un terreno per secolare preparazione fecondo e che finiscono col creare al giudice le maggiori pastoie proprio là ove dovrebbe più liberamente spaziare il suo prudente illuminato criterio » ⁽⁶⁴⁾.

Possiamo per il momento accontentarci di questo sguardo superficiale alle dispute in tema di colpa contrattuale per notare come l'ansia più diffusa fosse quella verso la 'semplificazione', l'acquisizione di un modello ampio e chiaro.

In questa direzione l'assolutizzazione del modello del buon padre di famiglia, enfatizzato nella sua 'realtà' e nella sua umanità, costituiva la via obbligatoria, una via che giungeva a incrociarsi inevitabilmente con quell'accrescimento dei poteri di discrezionalità del giudice che gran parte della stessa dottrina non pareva disposta ad accettare. La ricerca della semplicità non percorreva, d'altra parte, vie univoche: a Chironi tale pareva il fissare con puntigliosità parametri rigidi per il giudice, a Simoncelli stabilire come limite invalicabile nel campo contrattuale ed in quello aquiliano la diligenza ordinaria del buon padre di famiglia, a Polacco il far riferimento nel settore contrattuale al parametro unico del buon padre di famiglia, salvo poi — come vedremo — a schierarsi in quello aquiliano tra i fautori della *culpa levissima* ⁽⁶⁵⁾.

Polacco, aderendo alla tesi di Chironi — ridurre la colpa del 'tipo in concreto' a quella del 'tipo in astratto'; siamo di fronte invero ad « un *quid a sé*, che potrà con quello combaciare, o starvi al di sotto od anche sorpassarlo, secondoché appunto il depositario alla gestione delle cose sue proprie usi rivolgere le cure di un buon padre di famiglia ».

⁽⁶³⁾ V. POLACCO, *La culpa in concreto*, cit., p. 30: « Il principio generale della diligenza del buon padre di famiglia, con l'annessa facoltà del giudice di applicarlo nei vari casi divisati dalla legge più o meno largamente, dovrebbe bastare per il deposito come per tutti gli altri contratti... ».

⁽⁶⁴⁾ *Ivi*.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., pp. 471 e ss.; ed *infra* IX. 4.2.

3. *Tra sistema ed esigenze pratiche.*

A farsi alfiere della teoria unica della colpa nel campo contrattuale e aquiliano fu soprattutto Pietro Cogliolo ⁽⁶⁶⁾. Personaggio eclettico e dall'entusiasmo facile, fornito di un alto senso pratico e di un altrettanto alto velleitarismo teorico, il giurista genovese passa con disinvoltura dal diritto romano a studi civilistici e commercialistici, dal darwinismo, l'organicismo e la sociologia alla teorizzazione di un diritto 'indifferente' ai fenomeni morali, economici e sociali, da ambiziose ricerche del sistema di uno « jus commune italiano », di « un nuovo ed ammodernato jus commune », a scialbi espedienti nelle analisi giuridiche. Tale poca rigorosa coerenza potrebbe indurre, se si vogliono considerare con severità eccessiva eclettismi e contraddizioni, a guardare con immeritata diffidenza al Nostro; immeritata perché Cogliolo ha una grande qualità, ed essa gli proviene proprio dal suo eclettismo, dal suo continuo guardarsi attorno: ha fiuto e tempismo. Agli inizi degli anni Ottanta lo abbiamo visto a Camerino a discorrere di « teoria dell'evoluzione darwinistica » ⁽⁶⁷⁾; pochi anni dopo è a teorizzare il sistema contro l'esegesi ⁽⁶⁸⁾; alla fine degli anni Ottanta si fa paladino, col suo *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, di un « territorio di amicizia fra il magistrato e il giureconsulto », ed il territorio prescelto è tra i più vivi e trascurati di quegli anni, quello del nuovo settore dei trasporti e del « diritto ferroviario » in particolare ⁽⁶⁹⁾; nei primi

⁽⁶⁶⁾ Su Pietro Cogliolo (Genova 1859; 1940) cfr. F. FABBRINI, *Cogliolo, Pietro*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XXVI, 1982, pp. 635 e ss..

⁽⁶⁷⁾ Cfr. P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato*, Prolusione detta nell'Università di Camerino il 21 novembre 1881, cit..

⁽⁶⁸⁾ Cfr. P. COGLIOLO, *Il sistema nel diritto privato*, in *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, cit., pp. 85 e ss..

⁽⁶⁹⁾ L'*Annuario critico di giurisprudenza pratica civile, ferroviaria penale* fu fondato da Cogliolo nel 1889 (era stampato presso l'editore Pellas di Firenze ed aveva a Genova la sede della redazione). Tra i collaboratori figuravano inizialmente: Gian Pietro Chironi; Carlo Fadda; Contardo Ferrini; Giorgio Giorgi; Giovanni Pacchioni; Vittorio Scialoja; Filippo Serafini; Luigi Tartufari. Nel 1890 l'intitolazione fu leggermente mutata in *Annuario di giurisprudenza pratica civile, commerciale e ferroviaria, con speciale riguardo alla materie dei danni e delle assicurazioni*, e si aggiungono nuovi collaboratori: Emanuele Gianturco; Sebastiano Gianzana; Enrico Pessina; Angelo Sraffa; Giacomo Venezian;

anni Novanta può fare il punto sulla situazione delle responsabilità giuridiche delle società ferroviarie ⁽⁷⁰⁾; è poi tra i precursori nello studio del contratto di impiego e, negli anni della 'grande guerra', è tra i più attenti a quel vero e proprio terremoto provocato nel diritto civile dalla « legislazione di guerra » ⁽⁷¹⁾; infine non si lascia sfuggire l'occasione per guardare alle relazioni tra il diritto comune e la navigazione aerea ⁽⁷²⁾.

Cogliolo dedica, dagli anni Ottanta sino alla guerra, una attenzione costante al tema della responsabilità in vari piccoli interventi che compone infine in un corposo saggio premesso ai suoi studi sulla legislazione di guerra ⁽⁷³⁾. Tali interventi riflettono le contrastanti passioni del personaggio: si passa da precisazioni puntuali su una caratteristica dell'istituto alla ricerca di linee generalissime in cui inquadrare nel diritto comune ogni tipo di responsabilità, da ricostruzioni in cui si proclama la necessità di una corrispondenza alle esigenze sociali della responsabilità civile alla difesa delle inalterabili caratteristiche tecniche dell'istituto, da disincantate accettazioni delle fattispecie di responsabilità senza colpa alla permanente convinzione della inalterabilità e della centralità della responsabilità per colpa.

Alcuni principi fondamentali ispirano però tutti gli studi di Cogliolo in materia aquiliana. In primo luogo, l'affermazione dell'insostenibilità delle 'finzioni di colpa' ⁽⁷⁴⁾: « il lavoro della scienza

Cesare Vivante; Vittorio Emanuele Orlando. La citazione nel testo è tratta dalla *Prefazione* al primo numero (p. IX) firmata da Cogliolo.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. P. COGLIOLO, *La responsabilità giuridica delle società ferroviarie verso i loro impiegati e verso i viaggiatori con particolare riguardo al risarcimento dei danni derivanti da disastri ferroviari*, parte prima del *Codice dei trasporti* (Raccolta delle leggi, regolamenti, ordini circa i trasporti ferroviari), Firenze, Barbera, 1892.

⁽⁷¹⁾ Cfr. P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile italiano e commerciale, con una parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore*, Torino, UTET, 1916.

⁽⁷²⁾ Cfr. P. COGLIOLO, *Principii generali del diritto areonautico con speciale riguardo alla legge italiana*, Modena, Università, 1927; e poi P. COGLIOLO-S. CACOPARDO, *Manuale di diritto areonautico*, Firenze, Barbera-Alfani-Venturi, 1939.

⁽⁷³⁾ P. COGLIOLO, *La teoria della colpa, della forza maggiore e dei danni nei contratti civili e commerciali*, in *Id.*, *La legislazione di guerra nel diritto civile*, cit., pp. 223 e ss..

⁽⁷⁴⁾ Cfr. P. COGLIOLO, *La responsabilità riflessa* (fondamento giuridico della responsabilità del committente per fatto del commesso), in *Scritti vari*, cit., vol. I, (pp.

moderna — afferma — è spogliare più che si può il diritto da queste presunzioni, e rinfrescare i vari istituti col fonderli direttamente nei bisogni sociali » (75). In secondo luogo, il principio che costituisce il perno di tutti i suoi interventi: la negazione di ogni differenza nella diligenza, nel sistema probatorio e nella misura del danno tra responsabilità contrattuale ed aquiliana (76); tesi cui si accompagna la difesa dell'unicità anche tra colpa civile e colpa penale, entrambe facenti riferimento al comportamento dell'uomo medio (77). In terzo luogo, come sviluppo logico correlativo alla eliminazione della *culpa levissima*, l'esigenza di guardare in maniera ampia al caso fortuito: esso non è da intendersi oggettivamente ma in rapporto al soggetto giudicabile (78); al caso fortuito e alla forza maggiore — precisa — va dato un significato giuridico diverso da quello lessicale sino a comprendere « tutto il territorio della *irresponsabilità giuridica*, sia che il danno derivi da evento fortuito, sia che derivi dal non aver usato una diligenza superiore alla normale, che nessuno è obbligato di fronte al diritto ad usare » (79).

201 e ss.) p. 203: « ...è tempo di abbandonare le finzioni legali che non dicono nulla; una *colpa* che è *presunta* è una contraddizione in se stessa, perché si viene a dire che colpa nel committente non c'è, ma che la legge la presume per utilità sociale; e allora non è meglio trovare in questa utilità la ragione della legge senza ricorrere a concetti fittizi? ».

(75) P. COGLIOLO, *La responsabilità riflessa*, cit., p. 204.

(76) Cfr. P. COGLIOLO, *La teoria della colpa*, in *Scritti vari*, cit., vol. II, pp. 125 e ss.; ID., *Misura del danno aquiliano*, cit.; ID., *La teoria della colpa, della forza maggiore e dei danni*, cit..

(77) Cfr. P. COGLIOLO, *Colpa civile e colpa penale*, in *Scritti vari*, cit., vol. I, pp. 361 e ss..

(78) Cfr. P. COGLIOLO, *Colpa aquiliana*, in *Scritti vari*, vol. I, pp. 180 e ss.; in particolare p. 189 ove si rifà ampiamente a L. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione dell'obbligazione*, Lanciano, 1895.

(79) P. COGLIOLO, *La teoria della colpa, della forza maggiore e dei danni*, cit., p. 232. Strettamente collegato a tale configurazione è, nel campo della responsabilità contrattuale, il problema della ammissibilità della *clausola rebus sic stantibus*; Cogliolo era schierato contro la dottrina tradizionale — volta a sostenere che il debitore era esonerato in base all'articolo 1226 da ogni obbligo solo quando la prestazione fosse divenuta oggettivamente, materialmente, assolutamente impossibile — ed affermava che la forza maggiore si ha non solo quando la prestazione è impossibile, ma anche per eccessiva onerosità, quando cioè — ribadiva — il contraente per eseguirla deve usare una diligenza superiore alla 'media diligenza'. Il tema è ampiamente svolto da Cogliolo nel commentare la legislazione di guerra (il Decreto legge, 27 maggio 1915, n. 739 aveva stabilito —

La ricostruzione, come si può vedere, restringe notevolmente la portata del principio della responsabilità per colpa, ma l'autore si sforza di non inaridire la sua analisi e accetta, per motivi di utilità sociale, di far riferimento a casi di responsabilità senza colpa — visti naturalmente come eccezioni al principio « generale » e « normale » della responsabilità per colpa ⁽⁸⁰⁾ — ed inoltre richiede modificazioni, adeguamenti specifici dei principi della responsabilità al variegarsi delle esigenze sociali, richiamando la necessità di ridefinire le libertà assolute tracciate dal Codice « ispirato alla egoistica protezione dei capitalisti » ⁽⁸¹⁾.

Ritroviamo quello che in Chironi era un tormentato contrasto tra fedeltà alla tradizione e ridefinizione dei confini del diritto privato, ma Cogliolo non è certo personaggio pensoso e nel suo caso il contrasto si scioglie nella pragmatismo.

Il giurista deve — sostiene — fornire con l'interpretazione sistematica ⁽⁸²⁾ « uno spirito nuovo alla legge vecchia », deve sostituire « a quello che il legislatore volle quando fece la legge, (...) quello che dovrebbe voler ora, se legiferasse al presente » ⁽⁸³⁾. Non

avvallando implicitamente la tesi degli 'innovatori' — nell'articolo 1 che « A tutti gli effetti dell'articolo 1226 Codice civile la guerra è considerata come causa di forza maggiore non solo quando rende impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa... »); cfr. P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile*, cit., pp. 92 e ss.. Più in generale sul punto cfr. F. WIEACKER, *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna* (ed. orig. Karlsruhe, 1953), in *Diritto privato e società industriale* (trad. di G. Liberati), Napoli, E.S.I., 1983 (ed. orig. Frankfurt am Main, 1974), (pp. 3 e ss.) pp. 28 e ss.; per un cenno più specifico al dibattito italiano sul tema nel periodo bellico cfr. G. FURGIUELE, *La « Rivista di diritto civile » dal 1909 al 1931*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16, 1987, (pp. 519 e ss.) pp. 584 e ss..

⁽⁸⁰⁾ P. COGLIOLO, *La teoria della colpa, della forza maggiore e dei danni*, p. 224.

⁽⁸¹⁾ P. COGLIOLO, *La responsabilità giuridica delle società ferroviarie*, p. 15.

⁽⁸²⁾ « Il vero sistema non è (...) un indice schematico da seguire o un casellario vuoto da riempire ma è l'ordinamento scientifico della materia giuridica, è il dare precisione e limiti ai vari concetti, è il fissare il valore e la potenza delle varie norme, è l'intrecciarle e subordinarle in modo che ciascuna abbia il suo posto adeguato e non si estenda a danno di altre; è il trovare i principi fondamentali (...); è lo scoprire i punti oscuri e contraddittori o deficienti; è l'armonizzare le tendenze opposte di due istituti, precisare il linguaggio, è insomma formare la *scienza del diritto* » (P. COGLIOLO, *Sul metodo nelle ricerche del diritto privato*, in *Scritti vari*, vol. II, cit., p. 8).

⁽⁸³⁾ P. COGLIOLO, *L'interpretazione sociale del Codice*, in *Scritti vari*, vol. I, cit., p.

si devono, certo, raggiungere le disinvolture reclamate dalla scuola del diritto libero, ma si dovrà guardare senza paraocchi alla realtà sociale in movimento e non lasciarsi paralizzare dall'ossequio verso la tradizione. Un esempio illuminante di evoluzione è fornito, secondo Cogliolo, proprio dal caso della colpa aquiliana: mentre la scienza con la sua « tendenza all'uniformità architettonica dei concetti » continua a « raggomitolarsi attorno a classiche e tradizionali questioni »⁽⁸⁴⁾, la giurisprudenza, più empirica, guarda all'articolo 1153 rinunciando alle formule superate della colpa e giunge « persino a far risarcire il danno in casi nei quali non può parlarsi di vera colpa, ma di necessità sociale chiedente una riparazione a favore del danneggiato »⁽⁸⁵⁾.

L'adesione del giurista alla realtà sociale deve dunque essere tale da impedire che egli fissi i nuovi casi entro le regole antiche allorché queste divengono contenitori inidonei. Per esempio, Cogliolo è, in un primo momento, tra quanti ritenevano che la clausola di non responsabilità invocata da imprese in situazioni di monopolio fosse da considerare come un odioso privilegio alle ragioni del diritto comune, come una ingiustificata eccezione al principio generale della colpa⁽⁸⁶⁾; mentre, anni dopo, ritorna sull'argomento e sostiene al contrario che il patto deve considerarsi valido: « ci fu un tempo — afferma — che ne dubitai, ma l'osservare ciò che accade in pratica, dove i commerci usano largamente del patto d'esonero da qualunque colpa, mi persuade della validità del patto. Non c'è norma tradizionale che possa sovrapporsi alle esigenze della vita: e l'azienda industriale e commerciale richiedono, per poter vivere, una diminuzione di rischi e di responsabilità. Giudicare della validità del patto *ne culpa lata praestatur* con la scorta di qualche testo romano è chiudere gli occhi all'imponenza dei fenomeni economici, e questi parlano per mezzo dei contratti in uso

41; cfr. anche *La funzione giurisprudenziale nella interpretazione delle norme*, in *ibidem*, pp. 375 e ss. in cui però è critico nei confronti di Kantorowicz e della Scuola del diritto libero.

⁽⁸⁴⁾ P. COGLIOLO, *La funzione giurisprudenziale*, cit., pp. 78 e 75.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*, p. 376.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. P. COGLIOLO, *Se le clausole regolamentari esoneranti lo Stato da ogni responsabilità per gli errori telegrafici abbiano oppure no efficacia giuridica*, in *Studi giuridici per il XXXV anno di insegnamento di Filippo Serafini*, Firenze, 1892, pp. 443 e ss..

presso lo Stato, le grandi società, i comitati armatori, le tariffe dei noli e dei trasporti » (87).

Non solo « le esigenze della vita » piegano le norme tradizionali, ma le travolgono: vano è il tentativo del giurista di dar ordine entro le antiche regole ai nuovi fenomeni che 'si creano' un loro ordinamento nella prassi. È inutile esercizio di stile allora attribuire un intrinseco valore al diritto e parlare di immutabilità dei principi tradizionali: il giurista deve rassegnarsi a riconoscersi « manipolatore tecnico di norme tecniche » (88), « artista » non di un diritto pregnante di valori, ma di un « diritto indifferente » (89).

Ci si potrebbe attendere a questo punto un riconoscimento, se non una aperta teorizzazione, delle fratture, delle lacerazioni, intervenute nei principi tradizionali della responsabilità. Se gli stretti argini posti dalla riflessione della scienza debbono 'saltare' di fronte ai mutati fenomeni sociali, come non considerare la richiesta di una proliferazione dei principi di responsabilità, come sottrarsi alla visione delle complicazioni intervenute nella 'linearità' dei principi di diritto comune? Da questo punto di vista, si rimane però molto delusi guardando alle riflessioni generali che Cogliolo trae dalle sue analisi sulla responsabilità aquiliana. Il solo punto su cui riflettere è — a giudizio del Nostro — 'l'unificazione' del concetto della colpa e l'assunzione della diligenza del buon padre di famiglia a modello unico di riferimento: è solo in relazione a tale risultato della scienza che si deve misurare il futuro della responsabilità e la via da seguire nell'interpretazione. E il futuro e la scienza non vanno in direzione, ci si passi il termine oggi abusato, della complessità, ma della semplificazione: « è doloroso — esulta Cogliolo — vedere la scienza ridursi ad una concezione semplice, e tanti capitoli dei trattati compendiarsi in uno solo e brevissimo; è doloroso non aver più tante cose da dire, e tante norme da formulare, e tante massime giuridiche da applicare; ma è la conseguenza di quasi tutte le ricerche scientifiche, pervenire cioè a poche verità, semplici, chiare, comprensibili da tutti » (90).

(87) P. COGLIOLO, *La teoria della colpa*, in *Scritti vari*, cit., vol. II, pp. 139 e 140.

(88) P. COGLIOLO, *La validità dei sindacati*, in *Scritti vari*, cit., vol. II, p. 63.

(89) Cfr *ibidem*, pp. 158 e ss..

(90) P. COGLIOLO, *La teoria della colpa*, cit., pp. 127 e 128. Cfr. ancora p. 148:

Una tendenza che è per Cogliolo ampia e generale; si può scorgere dappertutto e perciò non disperare per le sorti della scienza e del diritto comune: « I vari Codici ed i vari diritti, specie il civile e il commerciale, non sono che lati o prospetti di un solo diritto privato, ed a poco a poco si ritorna ad avere un moderno *jus commune* »⁽⁹¹⁾. Si può ben teorizzare allora il 'diritto indifferente', ma il compito del civilista resta sempre quello di « prendere dal diritto romano la parte (...) che è ancora viva e fare uno *jus commune italiano*, del quale le particolari disposizioni commerciali e marittime e industriali non siano che episodi di parziale mutamento ed adattamento »⁽⁹²⁾.

Appena il civilista abbandona 'la pratica' e spicca il volo nella 'teoria' appare inevitabile il ritorno alle certezze, alle preoccupazioni e ai contrasti su cui si ergevano i sistemi di Chironi e di Venezian.

« quel poco che resta dopo l'abbattimento di tanti dogmi è semplice, è vero, è duraturo ». Cfr. anche P. COGLIOLO, *La teoria unica della responsabilità nei trasporti*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. I, Roma, Soc. ed. del « Foro italiano », 1931, (pp. 295-300) p. 297: « Bisogna constatare un fenomeno giuridico di ordine generale e di grande significazione. L'unità del *diritto comune* dei secoli passati si era, dopo i Codice francesi, spezzata con la creazione di Codici particolari e la dottrina seguì questo indirizzo e si ebbero i diritti speciali e i cultori *specialisti*. Ma a poco a poco si riconobbe e si sta riconoscendo che, pur avendo ogni diritto alcune norme sue proprie per la particolare tecnica del suo oggetto (ferrovie, navi, automobili, aereomobili), si deve ritornare a ricostruire lo *jus commune*, il diritto comune privato. La responsabilità del vettore si presta bene a questa constatazione di ordine generale ».

⁽⁹¹⁾ P. COGLIOLO, *Sul metodo nelle ricerche di diritto privato*, cit., p. 9.

⁽⁹²⁾ Così nella *Prefazione* al secondo volume degli *Scritti vari*; cfr. anche la *Prefazione* al primo volume (p. VII).

CAPITOLO OTTAVO

DI FRONTE ALL'INGIUSTIZIA DEL CASO CONCRETO: LE SCELTE DEI GIUDICI.

1. Le incertezze della giurisprudenza. — 2. Incidenti ferroviari e *culpa in re ipsa*. — 3. Schermaglie infortunistiche. — 4. Un cenno al danno morale. — 5. Danno da seduzione. — 6. « Diritto positivo » e « scienza del diritto civile razionale ».

1. *Le incertezze della giurisprudenza.*

Le aule di tribunale di fine secolo, spesso ancora immerse nel clima culturale della paleocivilistica esegetica e chiuse ad ogni apertura, presentano il più delle volte soltanto l'eco dei dibattiti dottrinali sulla responsabilità. È estremamente utile dunque guardare al 'diritto dei giudici' per cogliere da vicino la reale incidenza del dibattito dogmatico nella prassi, per verificare come le rigide teorie, le belle impalcature di sostegno dell'unità civilistica, fossero poi piegate ed utilizzate di fronte all'ingiustizia del caso concreto sottoposto al giudice. L'immediatezza del contatto con la realtà pone il giudice in una situazione di privilegio: gli impedisce di essere il semplice 'traduttore' delle tesi 'pure' elaborate dalla civilistica nelle sue sentenze e gli permette di essere, pur nell'incertezza teorica che spesso caratterizza la sua visione della responsabilità aquiliana, più coraggioso della dottrina nella ricerca di una soluzione empirica per il caso particolare.

Difficoltà nell'abbandono dei tradizionali modelli esegetici, incertezze e coraggio teorico sono, in sintesi, le principali caratteristiche che possiamo riferire alla giurisprudenza sul danno aquiliano tra Otto e Novecento: è su questi aspetti delle sentenze che intendiamo nel presente capitolo richiamare l'attenzione, mettendo a fuoco soprattutto le ipotesi da cui più forte emerge il conflitto tra la lettura

'astratta' della normativa codicistica fornita dalla dottrina e quella 'empirica' presentata dai giudici.

Nel 1893 è un giovane ma già ben noto giuspubblicista a notare, analizzando la contemporanea giurisprudenza civile in tema di responsabilità, proprio le « incertezze », gli « errori », le « incoerenze » dei giudicati (1). Il giuspubblicista giudica 'le colpe' dei giudici con severità e la sua critica è attenta e dettagliata, ma alla fine la sua è una sentenza di assoluzione, non determinata invero da insufficienza di prove. Le incertezze, e persino gli errori, della giurisprudenza — afferma — sono « fra i 'sintomi' che dinotano il mutato sentimento giuridico e la necessità di mutare un dato istituto » (2), sono « un segno prezioso della non rispondenza del diritto vigente col sentimento giuridico moderno » (3). Il magistrato, certo, deve essere « esclusivamente l'interprete della legge » e non può farsi « organo diretto e legalmente riconosciuto dell'evoluzione giuridica », ma spesso egli si fa comunque « organo » della « mutata coscienza giuridica » attraverso « vie indirette »: « *eludendo la legge*, sia forzando alquanto la posizione di fatto nel cui apprezzamento è sovrano, sia costringendo il principio di diritto positivo ad adattarsi bene o male alle nuove idee e al mutato sentimento » (4). Nel campo della responsabilità aquiliana 'forzature', 'costrizioni' e 'incoerenze' regnano sovrane e minano l'effettività dell'antico quanto logoro principio della responsabilità per colpa. Un istituto tramonta ed uno nuovo si afferma nella prassi che implicitamente già giunge ad eliminare ogni riferimento all'elemento della colpa: come interpretare, d'altra parte, le sentenze affermanti la colpa lievissima, e talvolta « una colpa ancor più lieve della lievissima » (5); oppure la

(1) V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, III, 1893, (pp. 241-269; 321-378) pp. 265 e 267. Torneremo ad occuparci in maniera più ampia di questo importante scritto di Orlando nel terzo paragrafo dell'undicesimo capitolo.

(2) V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit., p. 265.

(3) *Ibidem*, p. 266.

(4) *Ibidem*, pp. 265 e 266.

(5) Cfr. *ibidem*, p. 342. Orlando allude ad una sentenza della Corte d'Appello di Milano che aveva fatto un 'originale' riferimento dogmatico ad una colpa « impercetti-

teoria giurisprudenziale della *culpa in re ipsa* ⁽⁶⁾; oppure i casi di esplicito riconoscimento di una responsabilità pur in mancanza di colpa ⁽⁷⁾. In presenza di una normativa tutta ancorata al principio della colpa e dell'obbligo del magistrato di decidere secondo la legge, le sentenze facenti riferimento a tali criteri di allargamento della responsabilità costituiscono indubbiamente 'errori', elusioni della legge; ma rappresentano, per altro verso, il 'diritto dell'avvenire'.

L'analisi di Vittorio Emanuele Orlando, benevola e spietata al tempo stesso, coglieva contraddizioni effettive che, pur essendo presenti in gran parte dell'itinerario ottocentesco della responsabilità per colpa, si accentuano in maniera ben visibile nell'ultimo decennio dell'Ottocento, senza portare tuttavia a quel definitivo tramonto della responsabilità per colpa che Orlando prevedeva ed auspicava.

Mentre quindi gran parte della giurisprudenza continuava a seguire stancamente gli indirizzi dominanti nel periodo immediatamente successivo all'approvazione del Codice e riproponeva quelle che Pietro Cogliolo con enfasi definiva « fredde sentenze nelle quali

bile »; la sentenza era stata comunque duramente condannata dalla Cassazione torinese: « ... sia pure colpa lievissima quella che può rendere responsabile l'autore del fatto dannoso, sia pur minima quanto si voglia, ma sia dessa percettibile, ossia certa, manifesta, inconcussa. Il voler ritenere sufficiente a fondare una condanna a risarcimento di danni anche la *culpa impercettibile*, ossia tanto minima da scorgersi difficilmente, è lo stesso che ammettere quella che sia dubbia, incerta e problematica, quindi nel dubbio è da assolvere il convenuto » (Corte di Cassazione di Torino, 1 dicembre 1887, in *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, I, 1889, pp. 78/79, con annotazione di Pietro Cogliolo, pp. 79/84). Un criterio estremamente rigoroso di diligenza è anche quello richiesto dalla Corte d'Appello di Casale, 20 febbraio 1893, in *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, V, 1893, pp. 100 e ss. (anche qui con una annotazione estremamente critica di Pietro Cogliolo che, come sappiamo, era schierato contro il criterio della *culpa levissima*). Per un quadro più ampio dell'applicazione giurisprudenziale del criterio della *culpa levissima* nell'ambito extracontrattuale cfr. *Prima raccolta completa della Giurisprudenza sul Codice Civile*, cit., art. 1151-1152, nn. 2134 e ss. (pp. 557 e ss.) ed ancora *infra* nel presente capitolo.

⁽⁶⁾ Cfr. V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit., pp. 346 e ss.. Riguardo alle applicazioni giurisprudenziali della *culpa in re ipsa* si cfr. *infra* VIII. 2.

⁽⁷⁾ Cfr. V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit., pp. 351 e ss.; ed *infra* nel presente capitolo.

primeggia l'arte del leguleio, ma manca ogni palpito di verità » (8), cresceva il numero delle decisioni che, utilizzando la generalità dell'articolo 1151 e richiamando genericamente il « diritto naturale », la « ragione », la « naturale giustizia », si sforzavano, con sentenze 'giuste' dalla motivazione spesso erronea, di ristabilire un equilibrio tra danneggiante e danneggiato più consono alle esigenze di fine secolo.

Non mancavano certo autori che, ricorrendo talvolta a spericolatezze logiche, cercavano di presentare tali tendenze della giurisprudenza come inevitabili conseguenze dei principi codificati, come applicazioni e non elusioni della legge (9); occorre riconoscere però che molti dei sillogismi in tema di responsabilità per colpa si spostavano nelle conclusioni in un terreno diverso da quello delle premesse, appigliandosi incertamente a letture innovative dell'istituto, talvolta ben conosciute, spesso solo orecchiate. La generalità dell'articolo 1151 e l'elasticità estrema del criteri della colpa si rivelavano comunque provvidenziali per quanti non si rassegnavano a risolvere nella legalità il problema della giustizia: più che a tendenze contrappoienti un'interpretazione radicalmente alternativa alla responsabilità per colpa, assistiamo infatti al tentativo di piegare il rigore e le 'coerenti conseguenze logiche' di tale principio rimanendo formalmente al suo interno. Si è più vicini, volendo rinviare ai nostri modelli, a Chironi — rispetto al quale si esprimono posizioni molto più radicali — che a Venezian.

Quello di cui non si può, dunque, accusare la giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento è di essere stata coerente: il rigore dei principi è spesso abbandonato a favore di soluzioni empiriche che si sforzano di saldare in un unico quadro teorico fedeltà alla tradizione e tutela equa, anche se spesso necessariamente parziale ed incompiuta, delle nuove situazioni; e le sentenze inevitabilmente si sviluppano all'insegna di, spesso felici, incoerenze e incertezze teoriche. Tali aspetti ci paiono anche i tratti distintivi delle analisi dei giudici

(8) P. COGLIOLO, *Il progresso nel diritto privato nell'ultimo cinquantennio*, in *Scritti vari*, cit., vol II, p. 28.

(9) Si cfr., ad esempio, la minuziosa ma miope critica di Cesareo Consolo all'analisi di Orlando: G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., pp. 102 e ss..

che di tanto in tanto si lanciano in temerarie sintesi teoriche dell'istituto, in fragili ricostruzioni strette tra l'esigenza di risolvere le nuove o più evidenti ingiustizie emergenti nella fase di transizione verso una società industrializzata e fedeltà al modello tradizionale della responsabilità civile, ad una concezione unitaria e onnicomprensiva di responsabilità. Possiamo pertanto cominciare ad accostarci alla giurisprudenza considerando proprio gli scritti sulla responsabilità aquiliana di due giudici dal temperamento e dalle convinzioni molto contrastanti, uno di Milano, l'altro di Roma.

Il giudice del tribunale di Milano, Camillo Cavagnari, è un personaggio dai molti interessi: affascinato dal positivismo evoluzionista, fautore di un rinnovamento sociale del Codice individualistico, ammiratore della scuola positiva di diritto penale, attento osservatore dei segni che al giurista giungono da quel « diritto civile extravagante » presente nelle « leggi civili speciali » ⁽¹⁰⁾ e a dar risalto alle 'nuove tendenze' della giurisprudenza. A partire dal giugno del 1893 Cavagnari segue puntualmente la giurisprudenza civile in tema di responsabilità sulle pagine de *La scuola positiva* ⁽¹¹⁾: si tratta per lo più di brevi interventi in cui però l'Autore non nasconde ambizioni ricostruttive di più vasto respiro e non rinuncia a collocare i segni presenti nelle tessere della giurisprudenza all'interno di un più vasto mosaico.

Profondamente influenzato dalle idee della scuola positiva, Cavagnari si schiera per la responsabilità oggettiva, ma per le utilizzazioni concrete del principio sa solo rinviare ai grimaldelli offerti dalla stessa teoria della colpa che, per così dire, viene scardinata con i suoi stessi principi. E ciò non perché Cavagnari abbia, come Orlando,

⁽¹⁰⁾ Cfr. C. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1892, (pp. 93-116; 229-235; 275-283). Sul punto si cfr. P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 159 e ss..

⁽¹¹⁾ Cfr. C. CAVAGNARI, *Le ragioni della parte lesa nella giurisprudenza*, in *La scuola positiva nella giurisprudenza penale*, III, 12 (30 giugno 1893), pp. 562 e ss. [poi ancora: III, 14 (31 luglio 1893), pp. 645 e ss.; III, 15 (15 agosto 1893) pp. 696 e ss.]; ID., *Parte lesa e disastri ferroviari nella giurisprudenza*, in *ibidem*, III, 20/21 (31 ottobre/15 novembre 1893); ID., *La responsabilità civile del tipografo*, in *ibidem*, III, 23/24 (15/31 dicembre 1893) pp. 1104 e ss.; ID., *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, in *ibidem*, V, 6 (dicembre 1895), pp. 345 e ss.; ID., *Responsabilità civile nei disastri ferroviari*, in *ibidem*, IV, 8 (aprile 1894), pp. 370 e ss.

scrupoli legalistici — non esita, anzi, ad affermare che « la giurisprudenza ha una missione non solo *interpretativa* della legge ma anche *creativa* » (12) —, ma per una manifesta incapacità di ricomporre gli attacchi al principio della responsabilità per colpa in una ferma proposta interpretativa che non sia un generico appello alla « suprema necessità sociale » e alla « somma giustizia » (13). In altre parole: il richiamo alla teoria oggettiva, in presenza di una povertà speculativa dell'interprete, prende le forme solo di un manifesto programmatico e rinvia per l'applicazione fuori dal suo campo, alle estensioni o, se si vuole, alle contraddizioni, presenti nella teoria negata. Si finisce con lo scoprire che i vantaggi maggiori per l'applicazione della nuova teoria vanno cercati proprio nel suo ostacolo: nell'universo della colpa.

E che per giuristi come Cavagnari fosse la colpa l'ostacolo da abbattere per far emergere « la ragione della parte lesa » (14) non ci sono dubbi. La responsabilità sociale affermata dalla scuola positiva — scrive — si va affermando nel diritto pubblico (15) e non può non essere applicata nel diritto civile ove il principio della imputabilità sarà sostituito da quello della causalità (16): presto « la giurisprudenza, rendendosi conto dei nuovi bisogni e sentimenti, spezz[erà] le vecchie regole e trasform[erà] il concetto bizantino di colpa in un altro più razionale, più vivo, più sperimentale » (17); sostituirà « alla

(12) C. CAVAGNARI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, cit., p. 356.

(13) C. CAVAGNARI, *Le ragioni della parte lesa nella giurisprudenza*, cit., p. 564.

(14) È, come abbiamo visto, il programmatico titolo attribuito da Cavagnari ai suoi interventi di commento della giurisprudenza.

(15) « ...ove prevarrà non tardi il principio della responsabilità sociale che semplifica tutte le questioni della responsabilità dello Stato per fatti illeciti dei suoi funzionari » (C. CAVAGNARI, *Le ragioni della parte lesa nella giurisprudenza*, cit., p. 562).

(16) Cavagnari si rifà a Ferri, ma purtroppo non ha letto Venezian; da Ferri trae proclami da spargere qua e là fra le sue pagine: « Allorché il risarcimento del danno *diverrà esso stesso rimedio repressivo*, come intende la scuola positiva, ci sarà una quasi totale identità tra le due azioni [civile e penale] ... » (C. CAVAGNARI, *Le ragioni della parte lesa nella giurisprudenza*, cit., p. 565); o ancora: « Il diritto civile e il diritto criminale tendono irresistibilmente ad avvicinarsi, tanto che in alcune teorie generali e fondamentali finiranno col confondersi in virtù della verità, oramai inconcussa, dovuta alla scuola positiva, e cioè che la *temibilità* e la *pericolosità* dell'individuo sarà il criterio per il quale verrà determinata l'azione o dal diritto penale o dal diritto civile » (*ibidem*, p. 345).

(17) C. CAVAGNARI, *Le ragioni della parte lesa nella giurisprudenza*, cit., p. 566.

scialba, melensa figura del *buon padre di famiglia*, delizia di giuristi barbogi, la gaia, l'ardita, la radiosa figura del cittadino » (18). Una lettura che è sostenuta da ben precise convinzioni sul ruolo del giudice, il quale, nell'affrontare la difficile fase di transizione da un principio all'altro, non dovrà essere l'esegeta di un Codice individualistico-borghese e il difensore di una rigida divisione dei poteri, ma il protagonista di un allargamento della sfera del diritto privato e il creatore di un diritto ispirato a ragioni di solidarietà ed equità sociale.

Potremmo continuare ancora a seguire Cavagnari su questa strada che lo porta a ritenere già totalmente « rinnovato dalla evoluzione giuridica » — nel senso della responsabilità sociale secondo le forme della « geniale concezione di Enrico Ferri » (19) — il principio della colpa presente nel Codice, a schierarsi per una « scienza giuridica umanizzata » che finalmente « rialza (...) la bandiera del primitivo *chi rompe paga* » (20), o semplicemente a entusiasinarsi per il « geniale lavoro » di Orlando (21) e così via; ci preme notare invece come a questo rumoroso fuoco di sbarramento contro la responsabilità per colpa faccia poi seguito un ritorno ai suoi stessi principi. Alla colpa in astratto del buon padre di famiglia, ad esempio, il giudice milanese oppone una colpa in concreto, fatta coincidere con la colpa lievissima quale « superlativo di diligenza » (22); si entusiasma — Cavagnari, va detto, esulta facilmente e per poco — e chiede « il plauso dei positivisti » per una pacifica sentenza della Cassazione di Torino che stabiliva il risarcimento del danno non proporzionato al grado della colpa (23); si arrende infine

(18) C. CAVAGNARI, *Le ragioni della parte lesa nella giurisprudenza*, cit., p. 567; cfr. ancora p. 568: « la prudenza, l'attività media del buon padre di famiglia è in stridente opposizione colla febbrile, indefessa, proteiforme operosità dei nostri tempi ». Si può notare come, mutato il punto di osservazione, il riferimento alla 'operosità moderna' venga utilizzato sia dai fautori che dagli oppositori del criterio della *colpa levissima* (cfr., ad esempio, *infra*, nota 31 del presente paragrafo).

(19) C. CAVAGNARI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, cit., p. 350.

(20) *Ibidem*, pp. 349/350.

(21) *Ibidem*, p. 352.

(22) C. CAVAGNARI, *Le ragioni della parte lesa nella giurisprudenza*, cit., p. 568.

(23) *Ibidem*, pp. 646 e 648. La sentenza è quella della Corte di Cassazione di Torino, 3 marzo 1893 (può essere letta, in sintesi, in *La Legge*, XXXIII, 1893, pp. 736-737) di cui merita riportare un passo, non — come intende Cavagnari — per la

a notare come lo « schietto principio di causalità » non sia conseguibile stando al diritto positivo ed invita apertamente a far ampio riferimento a quei principi aventi piena similitudine con esso: la *culpa levissima* e la *culpa in re ipsa* ⁽²⁴⁾. È su questi principi che,

novità della dottrina, quanto per assaporare il linguaggio dei giudici subalpini: « che il fatto sia stato poco colposo o molto colposo non ha impedito di produrre quel danno...; io non devo guardare se la tua colpa fu grande o piccola, perché il danno che io ho avuto è quello che è, indipendentemente dal grado della tua colpa; se fu colpa piccola, la tua coscienza sarà più lieta, la mia amicizia sarà meno scossa, ma la casa caduta per l'incendio prodotto dalla tua piccola colpa è caduta; questo è il danno risarcibile, e non più e non meno ». Erano schierati a favore del risarcimento integrale del danno autori come Chironi, Ferrini, Cogliolo, che non intendevano affatto abbandonare il criterio della colpa. E in tal senso si muoveva buona parte della giurisprudenza: cfr., ad esempio, Corte d'Appello di Bologna, 19 febbraio 1907, in *Giurisprudenza italiana*, 1907, I, 2, (cc. 437-442) c. 437: « Il risarcimento di danni derivanti da responsabilità aquiliana non è una pena, bensì la reintegrazione del danno sofferto; onde sulla natura di esso non influisce il grado della colpa »; Corte di Cassazione di Torino, 24 maggio 1913, in *Il Filangieri*, XXXVIII, 1913, p. 739: « la liquidazione del danno aquiliano, qualunque sia la malvagità del suo autore, deve sempre riferirsi alla effettiva diminuzione patrimoniale del danneggiato ». Una decisione a cui possono in qualche modo essere applicate le osservazioni di Cavagnari in cui cioè l'affermazione del risarcimento integrale del danno « senza riguardo alla maggiore o minore gravità della colpa » pare utilizzata quasi come un primo passo verso la responsabilità causale è quella della Corte d'Appello di Milano, 20 febbraio 1895, in *Il Foro italiano*, 1895, I, cc. 522 e ss. (può essere letta anche in *Il Filangieri*, XX, 1895, pp. 351 e ss.). Si cfr. ancora, sempre della Corte d'Appello di Milano, 7 luglio 1897 (in *Monitore dei Tribunali*, serie II, vol. I, 13, 7 luglio 1897, p. 254): « il concetto che il danno deve commisurarsi alla stregua del grado della colpa era informato a ciò che si riteneva che l'obbligo civile del risarcimento contenga un elemento penale e che l'indennizzo costituisca una pena la quale debba alla colpa proporzionarsi. Un tale concetto è oramai ritenuto erroneo dalla dottrina e dalla giurisprudenza, inquantoché nel diritto moderno la pena non è considerata come una vendetta privata, ma come una riparazione sociale e deve stare distinta dalle conseguenze civili del fatto colposo, e cioè dal risarcimento del danno il quale è un tutto oggettivo ed implica un concetto patrimoniale in quanto tende ad eliminare quell'ammancio nel patrimonio che fu causato dal danno stesso nel che per nulla entra la colpa dell'agente ». Per la tendenza contraria, volta a proporzionare il danno al grado della colpa, cfr., come esempio, Corte di Cassazione di Napoli, 25 maggio 1905, in *Gazzetta del procuratore*, XXXIII, 22 (16 giugno 1905), p. 410: « in tema di responsabilità aquiliana ogni responsabilità va commisurata al grado di colpa ».

⁽²⁴⁾ Cfr. C. CAVAGNARI, *Parte lesa e disastri ferroviari nella giurisprudenza*, cit., pp. 976 e ss.; C. CAVAGNARI, *Responsabilità civile nei disastri ferroviari*, cit., pp. 370 e ss.. Sull'ampia applicazione giurisprudenziale dei principi della *culpa levissima* e della *culpa in re ipsa*, cfr. ancora *infra* nel presente capitolo.

nell'attesa dell'annientamento della teoria classica dominante, il giudice deve puntare, « ponendo (...) in vista l'elemento meramente obiettivo, o in altri termini facendo risaltare la necessità che il diritto leso debba essere risarcito » (25).

Il circolo si chiude: il favore radicale per una teoria unica di responsabilità sociale nel diritto penale, pubblico e civile non riesce a trasformarsi in 'lettura oggettivistica' degli articoli 1151 e seguenti — come accadeva ad esempio in Venezia — e ritorna alle presunzioni, alle elasticizzazioni della colpa per risolvere l'ingiustizia del caso concreto. Si parte da Venezia e si giunge a Chironi; anzi, un modello 'alla Venezia' è il presupposto per rendere ancora più flessibili — se si vuole, in maniera sempre più incoerente e contraddittoria — i postulati base della colpa.

Possiamo a questo punto osservare l'altro nostro giudice, Tommaso Mosca, che poneva già in partenza il principio della colpa a caposaldo della sua analisi. Anch'egli è alla ricerca di una teorica capace di fornire una soluzione alle difficoltà pratiche presenti nel settore civile (contrattuale ed extracontrattuale), penale e amministrativo, e si dichiara seguace di un « metodo induttivo, sperimentale, positivo » che consiste, come ci spiega, nel « prendere le mosse dall'innumerabile serie di casi pratici, forniti dai repertori di giurisprudenza in tema di colpa » per poi innalzarsi sino ad una teoria generale (26).

(25) C. CAVAGNARI, *Responsabilità civile nei disastri ferroviari*, cit., p. 371; cfr. ancora, in materia di infortuni, C. CAVAGNARI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, cit., pp. 347 e ss..

(26) T. MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa nel diritto civile, penale e amministrativo*, Roma, tip. Bertero, 1896, p. 17. Così prosegue nel dar conto del suo 'metodo induttivo' di studio della giurisprudenza: ho proceduto — afferma — riportando le sentenze « in gruppi più o meno larghi, secondo i vari punti di vista, indagando i principii speciali adattabili a ciascun gruppo; risalendo poi man mano a quelli più generali, fino ai principii sommi e fondamentali, e controllando sempre la esattezza degli uni e degli altri con prove e riprove »; con tale metodo, aggiunge con modestia, « ho finito (...) per rifondere e ricostruire dalle basi tutta la teoria della colpa, distinguendo dove si confondeva, precisando tutto ciò che era vago e indefinito... » (ivi). L'interesse principale di Mosca resta volto, in ogni caso, verso le tesi della dottrina e il suo progetto è ben lungi dall'essere rispettato, non solo nei risultati, ma anche nella procedura. Per qualche informazione su Tommaso Mosca (Magistrato sino al grado di Consigliere di

Lasciamo però che Tommaso Mosca si disperda da solo nei labirinti della sua 'teoria generale' della causalità giuridica (27) e seguiamolo invece nel suo discorso sulla colpa civile. In materia di colpa — dice il Nostro — attenersi ad un metodo positivo significa soprattutto considerare le implicazioni ampie di un dato principio senza desumerlo da fatti particolari; non si può generalizzare, ad esempio, partendo dai disastri ferroviari e dagli infortuni sul lavoro, come fa Cavagnari che rivela in ciò una teorica « tutt'altro che positiva » (28), ed occorre invece guardare alle conseguenze generali di una teoria e con buon senso, « come un buon positivista dovrebbe fare », provare e riprovare. Se a questo metodo ci si attiene, si scorgeranno presto le iniquità cui dà luogo l'imputabilità di qualsiasi fatto dannoso: « Come? Un povero operaio, che compra e mangia per via un soldo di ciliegie, gettandone i noccioli per terra, dovrebbe, secondo il Cavagnari, essere responsabile del danno che risente quel passeggero che ponendo il piede su uno di quei noccioli, e sdrucchiolando, cada e si fratturi un braccio od una costola? — Non ci mancherebbe altro » (29).

La 'osservazione ampia' conduce inevitabilmente ad uno dei tanti 'casi pietosi' con cui son combattute le battaglie della guerra degli esempi tra fautori della responsabilità per colpa e fautori della responsabilità oggettiva. Ai ricchi signori che 'sdrucchiolano' sui noccioli dei poveri operai, ai poveri sventurati che, 'scivolando' senza colpa su lastre di ghiaccio, rompono costose vetrine o rovinano altrettanto costosi abiti di altrettanto ricche dame, si contrappongono dall'altra parte gli stessi esempi, invertendo però i soggetti ricchi con i poveri e rincarando la dose in riferimento alla iniquità della non risarcibilità dei danni arrecati in stato di follia: come non imporre — si dice — il risarcimento dei danni al ricco signore impazzito che ammazza l'unico figlio di una misera vedova o che, non soddisfatto, abbandona

Cassazione a Roma e deputato per la XXIII e XXIV legislatura) cfr. A. MALATESTA, *Ministri deputati e senatori dal 1848 al 1922*, vol. II, Roma, EBBI, 1941, p. 229.

(27) Cfr. T. MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, cit., pp. 19 e ss..

(28) Quanto al positivismo non si può certo dire che il nostro giudice non abbia le idee chiare: è positivismo — scrive, quasi soppesando le parole della definizione — « tutto ciò che non urta con la realtà delle cose e con il buon senso » (T. MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, cit., p. 47).

(29) T. MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, cit., pp. 47/48.

il suo sontuoso palazzo, esce per strada e manda in frantumi con un bastone le stoviglie di un disgraziato ⁽³⁰⁾.

Rimanendo all'interno di un unico principio di responsabilità i cambi di scena, di attori e di fortune sono frequentissimi ed ognuno può cercare le ingiustizie e le iniquità che vuol vedere; comunque sia, contentiamoci di sapere che il nostro giudice è assolutamente contrario ad un criterio di 'mera causalità', che la sua « causalità giuridica » è ben altra cosa dalla responsabilità oggettiva e che è un sostenitore dei rigori del principio della colpa. Su due punti nell'ambito della teoria della colpa Tommaso Mosca si impegna a fondo: la negazione della *culpa levissima* e la difesa delle teorie delle presunzioni di *culpa in eligendo* e *in vigilando*. Se Cavagnari si rifà a Ferri per sostenere, oltre che la responsabilità oggettiva, quella per colpa lievissima, Tommaso Mosca elegge a suo nume tutelare — oltre a gran parte della letteratura esegetica favorevole alla *culpa levissima* e che il Nostro riesce a piegare all'indirizzo opposto — Carrara: accettando la colpa lievissima, scrive, si andrebbe contro la legge che nell'articolo 1152 parla di imprudenza e negligenza; e sicuramente non una valutazione dell'imprudenza e della negligenza darebbe un giudizio fondato sulla colpa lievissima, perché, come si può osservare seguendo Carrara, non esiste evento dannoso che possa dirsi assolutamente imprevedibile ed inevitabile; si finirebbe dunque per far scomparire il caso fortuito, addossandolo sempre ai soggetti attivi, ai quali — nell'impossibilità di agire « coi piedi di

⁽³⁰⁾ Naturalmente anche questi ultimi esempi possono essere capovolti: si pensi ad un « pover'uomo impazzito » che manda in frantumi i beni di un « ricco signore ». E siccome — osservava Ferrini — « se vi ha ragione giuridica di pretendere riparazione in un caso, vi ha sicuramente pure nell'altro », si giungerebbe a conseguenze ancora più inique nei molti casi in cui « la sciagura della pazzia si accompagna a quella della miseria ». Cfr. C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, cit., p. 789. Per gli altri esempi si può scegliere liberamente nella letteratura di ieri e spesso anche di oggi, basti pensare alle non remote dispute sulle colpe degli automobilisti e dei pedoni; cfr., a mo' di esempio ed in esplicito riferimento ai casi parafrasati nel testo, C. CAVAGNARI, *Le ragioni della parte lesa nella giurisprudenza*, cit.; G. RÜMELIN, *Culpabafung und Causalhafung* (Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft in Wien am 30. März 1898) in *Archiv für die Civilistische Praxis*, Bd. 88 (1898) pp. 285 e ss.; M. RICCA-BARBERIS, *La responsabilità senza colpa come principio di diritto positivo e di diritto condendo*, Torino, tip. Bertolero, 1900.

piombo » nella moderna e dinamica vita sociale — non rimarrebbe altra scelta che quella dell'immobilità ⁽³¹⁾.

Anche la difesa della teoria tradizionale della *culpa in eligendo* e *in vigilando* è intransigente: è vero, dice il giudice romano, può apparire contraddittoria la disposizione dell'ultimo comma dell'articolo 1153 che esclude la prova liberatoria per i padroni e i committenti, ma si tratta di una « disposizione erronea » ⁽³²⁾ che non può essere giustificata ricorrendo ad ancor più erronee teorie.

⁽³¹⁾ Cfr. T. MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, cit., pp. 37 e ss.. I richiami a Carrara sono alle pp. 27; 41; 46 e 47. Utilizza pagine di Carrara per combattere la *culpa levissima* anche Pietro Cogliolo (Annotazione a Corte d'Appello di Casale, 20 febbraio 1893, cit., pp. 101/102). Mosca cerca conferma dell'inimputabilità della colpa lievissima anche nella giurisprudenza, ma riesce a richiamare solo pochissimi casi (cfr. *Nuovi studi*, cit., p. 39). Tra le ipotesi più discusse c'è una sentenza della Corte d'Appello di Torino (20 marzo 1893) riguardante il caso di un maestro elementare che « adirato » contro un alunno aveva scagliato con violenza su un tavolo un libro che facendo saltar via una penna su di uno scolaro gli aveva cagionato la perdita di un occhio. A differenza di quanto sostiene Mosca, la Corte non nega il criterio della *culpa levissima*, ma esclude soltanto la sua applicazione al caso in questione; si legga la pasticciata sentenza in *Giurisprudenza italiana*, 1893, I, 2 (cc. 289-296), con una colorita, e altrettanto ambigua, non firmata nota di commento. Richiama più correttamente tale decisione a sostegno solo indiretto contro la colpa lievissima Contardo Ferrini (*Delitti e quasi delitti*, cit., p. 792): siamo di fronte — scrive — ad una « soluzione giusta (...) mascherata da un ragionamento meno rigoroso ». Anni dopo torna ancora a discutere del caso G. CESAREO CONSOLO, *Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., pp. 85 e 86.

Ben nutrito è, al contrario, il numero delle sentenze richiamanti la *culpa levissima*; cfr., come esempio, Corte d'Appello di Venezia, 27 dicembre 1887, in *Giurisprudenza italiana*, 1888, II, (cc. 383-385) c. 383: « ...la colpa, anche lievissima, induce l'obbligo al risarcimento. *In lege Aquilia et levissima culpa venit* »; Corte di Cassazione di Roma, 21 novembre 1903, in *Giurisprudenza italiana*, 1904, I, 1, (cc. 100-102) c. 102: « ...giusta i principii imperanti nel diritto civile, in materia extracontrattuale, si risponde anche della colpa lievissima *'in lege Aquilia et levissima culpa venit'*, ossia anche di quella minima disaccortezza in cui un uomo di ordinaria prudenza potrebbe incorrere, e che solo gli uomini prudentissimi e diligentissimi sanno evitare » (questa sentenza può essere letta anche in *Il Foro italiano*, 1903, I, cc. 1380-1382, con in nota ulteriori richiami alla giurisprudenza conforme); Corte di Cassazione di Roma, 14 settembre 1908, in *Il Foro italiano*, 1908, I, (cc. 1169-1171) c. 1170: « ...in tema di responsabilità civile per quasi delitto domina rigido il principio che chi arreca danno per colpa, sia pure estremamente lieve, è tenuto al risarcimento ».

⁽³²⁾ T. MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, cit., p. 131; cfr. anche p. 113.

Sicuramente tale è il principio della rappresentanza sostenuto da Chironi, una interpretazione che « urta contro i princìpi più elementari del diritto e del buon senso »⁽³³⁾, e peggio ancora è la teoria che pone il fondamento della disposizione sul principio del rischio⁽³⁴⁾. Si tratta, d'altra parte, solo di astrazioni della dottrina che, Mosca ne è certo, non sconfiggeranno il solido indirizzo giurisprudenziale facente riferimento alle presunzioni di colpa⁽³⁵⁾.

La giurisprudenza non deve dunque forzare con l'interpretazione i princìpi del Codice fissati dal legislatore, non può imporre una nuova *ratio* alla normativa del danno aquiliano avente a suo unico fulcro la colpa: « il diritto comune non può imporre responsabilità dove non c'è colpa »⁽³⁶⁾. Negato 'l'allargamento' della sfera della

⁽³³⁾ *Ibidem*, p. 132.

⁽³⁴⁾ Cfr. *Ibidem*, pp. 135 e ss.: la causa giuridica della responsabilità — si afferma — sta sempre nella negligenza o nella imprudenza, non sta e non può stare, come vorrebbe questa teoria, nel diritto di proprietà.

⁽³⁵⁾ Gli stessi discorsi naturalmente valgono anche per l'articolo 1154: « nessuno, che io sappia, ha avuto mai la bieca intenzione di escludere una prova che farebbe dell'articolo 1154 una disposizione addirittura draconiana » (T. MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, cit., p. 141). In questo caso la tesi sostenuta da Mosca è effettivamente dominante nella giurisprudenza, che raramente rinuncia al riferimento alle presunzioni assoluta di colpa: cfr. *Prima raccolta completa della Giurisprudenza sul Codice Civile*, cit., art. 1153, nn. 812 e ss. (pp. 1023 e ss) riguardo alla presunzione *juris et de jure* di responsabilità per i padroni e committenti; e, per la responsabilità dei danni cagionati da animali, *ibidem*, art. 1154, nn. 116 e ss. (pp. 1114 e ss.). Il ragionamento delle Corti per quanto attiene alla 'presunzione' — a dire di Tommaso Mosca, la « disposizione erronea » — stabilita dall'articolo 1153 per i padroni ed i committenti è pressoché sempre lo stesso: l'art. 1153 « mentre accorda l'azione pel rifacimento del danno arrecato tanto contro l'autore del fatto quanto contro i civilmente responsabili, abilita bensì i genitori, tutori, precettori ed artigiani ad escludere la loro responsabilità col provare di non aver potuto impedire il fatto generatore del danno, ma non ammette, tacendo, codesto diritto pei padroni e committenti, per guisa che dichiara invece indistintamente la loro responsabilità costituendo così una presunzione *juris et de jure* di colpa che respinge la prova contraria quando si versi nel fatto di un caso colposo dei loro domestici o commessi nell'esercizio delle rispettive incombenze » (così Corte d'Appello di Genova, 17 ottobre 1890, in *Giurisprudenza italiana*, 1891, II, cc. 115- 116). E conseguenza della presunzione *juris et de jure* è quella che la responsabilità del committente non può « diminuirsi o limitarsi nel caso in cui egli non abbia potuto impedire il fatto del suo commesso » (Corte di Cassazione di Torino, 8 novembre 1893, in *Monitor dei tribunali*, XXXV, 7, 17 febbraio 1894, p. 127).

⁽³⁶⁾ T. MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, cit., p. 139.

responsabilità, così come variamente reclamato da Cavagnari, come porsi di fronte al numero crescente di incidenti dovuti al 'caso'? Mosca qui si ricongiunge ad una linea interpretativa che già conosciamo: è con le leggi speciali che si deve « integrare il diritto comune, senza però invaderne il campo » (37). Il rigore della responsabilità per colpa e la negazione di un suo 'elargimento' conducono fuori dal diritto privato: il « diritto comune » deve restare fermo al principio della colpa e, se si vuole sopperire alle nuove drammatiche situazioni — come quella, ad esempio, degli infortuni sul lavoro —, bisognerà farlo senza chiamare in campo la responsabilità civile, senza pretendere di spiegarla con la teoria del rischio, senza snaturare la colpa. Non occorre, d'altra parte, ricercare nuovi fondamenti privatistici della responsabilità per richiedere una disciplina giuridica « quando vi ha un principio ben più alto e più indiscutibile, quello, cioè, dell'obbligo che incombe allo Stato di provvedere alle sventure dei miseri » (38). A questo punto però siamo già fuori dal diritto privato ed il giurista deve tacere per far parlare il legislatore. E qui possiamo arrestarci anche noi, perché lo scritto del giudice si avvia lungo un itinerario che già abbiamo individuato nell'ambito della dottrina.

La pratica giurisprudenziale — così come emerge dalla visione dei due nostri giudici — ci pare che evidenzii soprattutto un dato: l'impossibile abbandono della colpa. Non valica intenzionalmente i suoi confini, si adegua e difende tutte le sue presunzioni, il giudice legato alla tradizione; non riesce a venirne fuori però anche la giurisprudenza più innovativa che finisce col giocare tutte le sue carte in relazione a meccanismi interni alla vecchia teoria. Se si cerca ulteriormente tra le sentenze, osservando taluni settori particolari, tale quadro — come vedremo nei prossimi paragrafi — non muta nella forma, pur complicandosi spesso nella sostanza.

2. *Incidenti ferroviari e culpa in re ipsa.*

« Se da una di quelle tarde bighe, che lasciarono il segno tuttora visibile della loro mole pesante nelle strette vie di Pompei, un

(37) *Ivi.*

(38) T. MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, cit., p. 138.

Romano dei tempi di Augusto, riaprì gli occhi alla luce, da quale stupore rimarrebbe compreso vedendo il rapido corso dei nostri comodi convogli a vapore... ». A farsi cantore del progresso ferroviario è il giurista Giorgio Giorgi ed il romano dei tempi di Augusto è invitato a riaprire gli occhi — e a inneggiare « col poeta (...) alla mente umana che (...) potenza creatrice trasforma la faccia del mondo e rende le forze della natura pieghevoli alle sue voglie » — nell'anno di grazia 1882 ⁽³⁹⁾.

Tanto forte è l'elogio di Giorgi delle meraviglie del progresso tecnologico, quanto ferma la sua convinzione della sufficienza degli strumenti di diritto comune a farvi fronte: gli articoli 1151, 1152 e 1153 offrono un risarcimento per ogni offesa « anche lievissima » e rendono inutile ogni speciale normativa per le 'offese' alle persone. Riguardo, ad esempio, agli oneri probatori la speciale natura dei disastri ferroviari non impone alcun mutamento particolare alle norme comuni che nella loro elasticità sono in grado di farvi fronte; tali disastri infatti « portano generalmente con sé l'impronta della colpa »: al danneggiato-attore spetta quindi la sola prova del danno, mentre « tocca alle ferrovie di purgarsi da tale presunzione sfavorevole dimostrando l'inesorabile concorso della fatalità » o la colpa dello stesso viaggiatore ⁽⁴⁰⁾. Non c'è per il giurista niente di nuovo nell'applicazione di tale tutela, i disastri ferroviari vengono soltanto ad aggiungersi ai casi che portano *in re ipsa* la prova della colpa, come ad esempio quello di una corsa precipitosa di cavalli per le strade di una città ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., vol. V, pp. 403 e 404. Il poeta che si era « sciolto » nell'*Ode alla mente umana* era, se può interessare, Domenico Perrera.

⁽⁴⁰⁾ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., vol. V, p. 420. Cfr. in tal senso a ridosso dell'approvazione del Codice del 1865 V. CATTANEO (e C. BORDA), *Il Codice Civile annotato*, cit., art. 1153, n. 10, p. 849. A fine secolo, sempre in relazione al trasporto di persone, difende la *culpa in re ipsa* C. ROUGIER, *Nota* a Corte di Cassazione di Torino, 22 settembre 1897, in *Il Foro italiano*, 1897, I, (cc. 1275 e ss.) cc. 1279 e ss. (a cui si rinvia per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza).

⁽⁴¹⁾ Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., vol. V, pp. 204 e ss.. Per altre applicazioni giurisprudenziali della *culpa in re ipsa*, cfr. *Prima raccolta completa della Giurisprudenza sul Codice Civile*, cit., art. 1151-1152, nn. 2514 e ss. (pp. 584 e ss.). Si può notare come attraverso la *culpa in re ipsa* si otteneva per via interpretativa quanto altri ritenevano raggiungibile solo grazie ad un intervento legisla-

La giurisprudenza non mancò di applicare i principi della *culpa levissima* e della *culpa in re ipsa* agli incidenti ferroviari (42): a metà degli anni Novanta chi si entusiasmava per i 'progressi' della giurisprudenza in relazione al « diritto ferroviario » — « tratto dalle viscere delle cose, della triste quotidiana vicenda di disgrazie luttuosissime e di danni incalcolabili » — conducente a nuove normative, e a nuove funzioni di quelle esistenti, guardava soprattutto alle elaborazioni condotte su questi principi (43).

tivo; in tal senso era stato presentato un progetto di legge (Zanella) nel 1870 che prevedeva, così come accadde poi in Germania con la *Reichshaftpflichtgesetz* del 7 giugno 1871, l'inversione dell'onere della prova. Per un ampio quadro dei dibattiti del periodo sulla questione cfr. P. COGLIOLO, *La responsabilità giuridica delle società ferroviarie*, cit., in particolare pp. 48 e ss.. Sulla RHG del 1871 cfr. H. BARTA, *Kausalität im Sozialrecht. Entstehung und Funktion der sogenannten Theorie der wesentlichen Bedingung*, cit., vol. I, pp. 64 e ss..

(42) Cfr. *Prima raccolta completa della Giurisprudenza sul Codice Civile*, cit., artt. 1151/1152, nn. 2520 e ss. (pp. 585 e ss.); nn. 2757 e ss. (pp. 601 e ss.).

(43) C. CAVAGNARI, *Parte lesa e disastri ferroviari*, cit., p. 980, così commentando la decisione della Corte d'Appello di Milano, 27 dicembre 1889 (può essere letta in *Il Foro italiano*, 1890, I, cc. 436 e ss.); cfr. anche F. CAMPOLONGO, *Dottrina e giurisprudenza sugli infortuni ferroviari*, in *La scuola positiva*, VIII, 10 e 11 (ottobre e novembre 1898), pp. 577 e ss.; 657 e ss.; e ancora C. CAVAGNARI, *Responsabilità civile nei disastri ferroviari*, cit., p. 370 in commento a Corte d'Appello di Milano, 30 dicembre 1893, che aveva stabilito: « il solo fatto dello scontro di due treni fa presumere la colpa della ferrovia »; la società ferroviaria « non può esimersi che provando il caso fortuito »: « il disastro ferroviario porta generalmente con sé l'impronta della colpa ». Nella stessa sentenza la Corte si era pronunciata anche a favore del risarcimento del danno morale subito dai danneggiati. Cavagnari, che ritiene tale sentenza « logica e giusta anche dal punto di vista del diritto sociale » (p. 371), critica però l'affermazione della risarcibilità del danno morale: « non ci sentiamo disposti ad accogliere nell'ordine giuridico un elemento così incerto, così arbitrario, come il danno morale, che anzi riteniamo contraddittorio col concetto, coll'essenza stessa del danno, diminuzione effettiva del patrimonio » (p. 372). Cavagnari ebbe una sorta di 'conversione' al principio della risarcibilità del danno morale agli inizi del secolo, in seguito alla lettura del testo di Alfredo Minozzi (*Il danno non patrimoniale*, Milano, Società Ed. Libreria, 1901): si cfr. la sua recensione a questo testo, in *Il Filangieri*, XXVI, 1901, pp. 279/280. Per le controversie riguardanti quest'ultimo punto cfr. *infra* VIII. 4.

La citata sentenza della Corte d'Appello di Milano del 30 dicembre 1893 (può essere letta in *Monitore dei Tribunali*, XXXV, 1894, pp. 351-354 e in *Giurisprudenza italiana*, 1894, I, 2, cc. 344-352) è commentata in modo ambiguo da Carlo Lessona (in *ibidem*, cc. 343-348). Lessona, per un verso, difende la sentenza, ma, per altro verso, tiene a staccarsi dall'interpretazione di Cavagnari e a presentarla solo come un'espres-

Il caso più tipico, e per molti aspetti più disinvolto, di applicazione giurisprudenziale della *culpa in re ipsa* si ebbe a proposito degli incendi provocati dalle scintille delle locomotive. Si tratta di un'ipotesi di scuola, spesso utilizzata nel valutare come interagiscono nell'Ottocento la dinamica nuova proprietà industriale e la statica proprietà agricola; casi che sono stati spesso guardati con eccessiva superficialità da quanti hanno collegato meccanicamente la teoria della colpa alla esclusiva tutela della nascente industria⁽⁴⁴⁾.

Queste ipotesi ben dimostrano quell'articolarsi del discorso giuridico che, pur volendo rimanere tutt'interno al terreno della colpa, si spinge sino a porsi in aperto contrasto con esso. L'elaborazione dei meccanismi della teoria tradizionale è solo l'appiglio testuale, il punto di partenza formale, per pronuncie in cui quello che conta è l'affermazione di ciò che è intuito dal giudice come principio di giustizia e di equità. Il punto di partenza è nell'articolo 1151, e più in generale nel principio di 'assoluta giustizia' del

sione dei normali principi probatori: « i principii accolti dalla Corte di Milano sono esatti; ma sarebbe un errore il crederli addirittura un *jus novum*, non essendo se non l'applicazione dei più sicuri principii sull'onere e la valutazione della prova, principii che sarebbe pericoloso il voler alterare col pretesto della socializzazione del diritto privato »; l'affermazione per cui è il solo fatto dello scontro di due treni che fa presumere la colpa delle imprese ferroviarie, che possono esimersi dalla responsabilità solo provando il caso fortuito, non deve essere giustificata richiamando il principio del rischio, ma attenendosi alle regole civilistiche: esse permettono di ritenere « come presunte, ossia anticipatamente come vere quelle condizioni di fatto che portano con se stesse una tal quale probabilità naturale », quando a tale 'probabilità statistica' si aggiunga la « difficoltà estrema » che incontrerebbe l'attore a dover dare una prova della colpa del convenuto. Un principio che deve essere, secondo Lessona, applicato con estrema parsimonia nei settori in cui più di frequente viene invocato, quello degli infortuni sul lavoro e quello appunto degli incidenti ferroviari: « le statistiche provano che la regola non è la responsabilità dell'industriale »; o, ancora: « in materia ferroviaria, il *commodum*, che porterebbe seco l'*onus*, non è solo della società, ma anche del viaggiatore; (...) in materia d'infortuni, si violerebbe la dignità umana obbligando l'industriale a patire ogni danno dell'operaio, quasi che questo fosse una proprietà dell'industriale stesso come lo sono le macchine, come lo erano gli schiavi ». La sentenza della Corte di Milano fu, comunque, confermata dalla Corte di Cassazione di Torino, 21 novembre 1894 che rigettò il ricorso delle Ferrovie del Nord (cfr. in *Giurisprudenza italiana*, 1895, I, cc. 814-816).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. ampiamente sul punto S. RODOTÀ, *Proprietà e industria*, cit., che insiste sulla perdurante tutela operata dai meccanismi della colpa nei confronti della « proprietà per eccellenza, quella terriera » (p. 420).

neminem laedere, ma l'articolazione del discorso del giudice spesso è tale da far sì che il 'danno ingiusto' venga passo dopo passo ad ottenere una tutela che è svincolata dalle condizioni richieste dalla legge. Rimane nella sua assolutezza e generalità il principio di non arrecare danno ad altri, involucro ampio in cui l'interprete può immettere contenuti variegati. Se il giudice è infine preso, guardando la distanza tra la tutela da lui accordata e quella fissata nella legge, da scrupoli legalistici, può dichiarare che a tali conclusioni è giunto non per gli impervi sentieri aquiliani, ma attraverso l'applicazione (ex art. 3 disp. prel. Cod. civ.) dei principi generali dell'ordinamento.

Consideriamo per chiarire questi aspetti solo alcune tra le più note pronuncie della tendenza in questione, esse hanno nella *culpa in re ipsa* solo un punto di avvio ben presto dimenticato. Si tende infatti ad andare oltre il principio affermato da Giorgi per cui per la natura del danno spetterà alla Società delle ferrovie, presunta in colpa, di provare i fatti che possano esimerla dalla responsabilità (45).

Il superamento del principio è già in una nota sentenza del 1877 della Corte d'Appello di Firenze (46). La Corte ritiene dapprima che incorra nella responsabilità civile anche la Società ferroviaria che non abbia in alcun modo contravvenuto alle prescrizioni regolamentari impostegli nell'interesse pubblico (47): la società concessionaria

(45) Per un esempio di pronuncia 'pura' nel senso di Giorgi si può cfr. Tribunale di Commercio di Bologna, 31 gennaio 1876, in *Il Foro italiano*, 1876, I, 1, cc. 822 e ss; e, più tardi, Cassazione di Torino, 18 aprile 1913, in *Il Foro italiano*, 1913, I, cc. 1480 e ss.. In quest'ultima sentenza si faceva riferimento alla « colpa (...) insita nel fatto stesso di immettere nel fondo altrui materie incandescenti che hanno la possibilità di recar danno... » — una colpa, invero, molto superficiale in quanto fatta consistere « nella pura e semplice coscienza della possibilità del danno » —; si riconosceva poi la possibilità per l'Amministrazione delle ferrovie di eliminare la presunzione « dimostrando che la diffusione delle scintille avvenne per circostanze naturali, imprevedibili, come un vento furiosissimo (...) e che il danno era inevitabile in quanto la scienza non sia in grado di possedere e suggerire apparecchi idonei a trattenere in una brevissima area le scintille sprigionatesi dalla locomotiva... » (cc. 1481/1482).

(46) Corte d'Appello di Firenze, 12 marzo 1877, in *Il Foro italiano*, 1877, I, cc. 561 e ss. (con nota di G. GIULIANI). Il caso era tipico: le scintille di una locomotiva della Ferrovia Romana avevano nei pressi di Grosseto provocato un incendio delle erbe secche sulla banchina che si era esteso sino alle proprietà della fattoria Marsili.

(47) Corte d'Appello di Firenze, 12 marzo 1877, cit., c. 563. La questione viva-

deve dunque « essere obbligata al risarcimento del danno cagionato per colpa sua o dei suoi agenti » (48). In realtà si va subito oltre la responsabilità per colpa: « ove pure in ipotesi il danno fosse stato inevitabile, in quanto la scienza non possedesse o suggerisse apparecchi idonei ad impedire la diffusione delle scintille e del fuoco delle locomotive, allora per un altro principio sarebbe sempre tenuta la società ferroviaria a riparare il danno, pel principio, cioè, che la

mente discussa in dottrina si era posta soprattutto a proposito dei rapporti di vicinato con stabilimenti 'incomodi, insalubri e pericolosi'. Il principale quesito era: l'autorizzazione amministrativa data ad uno stabilimento di tale tipo — ex art. 88 della Legge di Pubblica Sicurezza — inibisce la richiesta di risarcimento dei danni intentate dai proprietari vicini? Assolutamente no! — rispondeva, ad esempio, Giuseppe Saredo che fu tra i primi ad occuparsi diffusamente dell'argomento —. La risposta affermativa infatti verrebbe a sottrarre — proseguiva — gli stabilimenti al diritto comune: « la dichiarazione che consente l'impianto e l'esercizio, diretta unicamente a proteggere gli interessi di ordine generale, non priva, né può privare gli interessi particolari che siano lesi dell'azione che gli articoli 1151 e seguenti accordano ad ognuno di ottenere la riparazione dei danni... ». Se così non fosse, le proprietà vicine subirebbero una vera e propria espropriazione a favore dell'industria: una espropriazione « iniqua ». G. SAREDO, *Della responsabilità civile dei proprietari di stabilimenti industriali insalubri incomodi e pericolosi*, in *Archivio giuridico*, III, 1, (aprile 1869), (pp. 31 e ss.) p. 35; cfr. ancora sul punto Cassazione di Roma, 23 agosto 1892, in *Il Foro italiano*, 1892, I, 1, cc. 1115 e ss. (con nota di C. F. GABBA). In relazione allo stesso principio ci si chiedeva anche se una casa di tolleranza, autorizzata in conformità ai regolamenti, potesse dar luogo a risarcimenti a favore dei vicini per il deprezzamento del valore locativo e venale della loro abitazione. Per una opinione contrastante con quella vista sopra cfr. V. SCIALOJA, *Nota* a Corte di Appello di Torino, 12 aprile 1880, in *Il Foro italiano*, I, cc. 1040 e ss.. Scialoja si dichiara in pieno accordo con la Corte che, dopo essersi soffermata sull'assenza di regolamenti e leggi vietanti di locare una casa a prostitute, aveva ritenuto che « il proprietario della casa vicina non ha ragione di querelarsi per il danno che da ciò può a lui derivare ». Per ulteriori rinvii bibliografici sul punto cfr. G. PIOLA, *Azione di danni*, in *Il digesto italiano*, VI, 2, 1893/1898, (pp. 860-906) pp. 883 e ss.; per un più ampio inquadramento del dibattito nell'ambito dei rapporti di vicinato cfr. C. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit.. Qualche anno dopo l'esigenza di dar risposta ancora a tale quesito, e di far fronte ad un numero crescente di danni, spinge la dottrina ad una utilizzazione spesso confusa di argomenti e tecniche svariate e contrastanti: l'estensione della colpa, le teorie oggettivistiche della responsabilità, il riferimento alla teoria dell'abuso di diritto. L'unica percezione netta è, in realtà, che il mancato riconoscimento della nuova qualità dei danni verificatisi 'legalmente' è una « mostruosa ingiustizia », a cui si cerca di porre in qualche modo riparo. Si cfr., in tal senso, G. SORGE VADALA, *Sui rapporti di vicinato*, Torino, Bocca, 1909, soprattutto pp. 147 e ss..

(48) Corte d'Appello di Firenze, 12 marzo 1877, cit., c. 564.

proprietà è sacra e inviolabile, sia di fronte ai privati sia di fronte allo Stato; e nessuno è obbligato a cederla o a soffrirne una diminuzione materiale qualunque anche per opere di imprese di pubblica utilità (che sarebbe nei suoi effetti una specie di espropriazione indiretta) senza una conveniente e giusta indennità » (49).

L'esigenza di una tutela forte per 'l'assolutezza' della proprietà fa saltare il filtro di equilibrio della responsabilità per colpa che tende ad essere schiacciato dal riferimento 'sistematico' al più vasto ed assorbente principio di 'non ledere il diritto altrui', del non

(49) Si può notare come la Corte si ispiri ampiamente alle argomentazioni di Saredo; affine è anche il richiamo all'articolo 1151 come massima della « coscienza universale », espressione « di quelle ragioni giuridiche elementari, che hanno il loro fondamento e la loro sanzione nella natura medesima delle cose » (G. SAREDO, *Della responsabilità civile dei proprietari di stabilimenti*, cit., p. 31); come « principio generale di giustizia e di equità » (Corte d'Appello di Firenze, 12 marzo 1877, cit., c. 562). Un semplicismo giusnaturalistico che ricorre al principio di « uguaglianza tra i proprietari » (*ibidem*, c. 562) tanto per tutelare che per regolamentare la proprietà: « queste regole sono comuni a tutti i tempi ed a tutte le leggi perché tutelano e rispettivamente limitano il diritto di proprietà, che è libero ed assoluto, ma a condizione di rispettare e non offendere altrui... » (*ibidem*, c. 562); « Ciascuno dunque fabbrichi, distrugga, destini la cosa sua a tutti gli usi che più gli tornano; ma non leda il diritto altrui » (G. SAREDO, *Della responsabilità civile dei proprietari di stabilimenti*, cit., p. 31). In questo scontro il riferimento al filtro della colpa spesso salta e resta solo il più forte principio del 'non ledere il diritto altrui'. Solo impliciti sono in questo giuoco di assoluti le valutazioni di tipo economico tendenti a privilegiare la proprietà immobiliare sull'industria: l'industria è lì con la sua maggiore dinamicità ad accentuare la tensione tra i termini di una proprietà come diritto di godere e di disporre nella maniera « più assoluta », ma in modo al tempo stesso limitato. L'ottica non è, dunque, quella di privilegiare tra le proprietà questa o quella, ma semplicemente quella di impedirne 'l'annientamento', di rendere ancora possibile « la coesistenza delle proprietà e la coesistenza sociale » (Corte d'Appello di Firenze, 12 marzo 1877, cit., c. 562). La prospettiva rimane tale anche quando il riferimento agli interessi contrapposti si fa più esplicito: « Sentiamo anche noi il rispetto (...) laudiamo ai generosi propositi dei nostri scrittori contemporanei di proteggere l'industria e non lasciarla soverchiare da un male inteso favore per la proprietà immobiliare; ma non possiamo adattarci neanche a sacrificare la proprietà immobiliare all'industria, né persuaderci che difendere la proprietà immobiliare sia un favore ingiusto e malinteso. Stiamo fermi ai principii, se non vogliamo aberrare; e i principii ci diranno che nella società civile niun diritto può coesistere accanto agli altri senza rimanere dentro i limiti rigorosamente impostigli dalle necessità della convivenza » (G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., vol. V, p. 535). Sul punto si cfr. ancora *Nota* (tratta dall'*Eco della giurisprudenza di Genova*) a Corte d'Appello di Genova, 24 maggio 1879, in *Il Foro italiano*, 1879, I, cc. 931 e ss..

soffrire una diminuzione qualunque dei beni senza indennità; principio che si affianca a quello della colpa e lo svuota. Ed è certamente un totale svuotamento quello operato anni dopo dalla Cassazione fiorentina: poiché il danno — si torna a ribadire — « porta insita la presunzione della colpa » è la Società ferroviaria che deve provare per liberarsi dalla responsabilità che l'incendio causato dalle scintille sfuggite alle locomotive si ebbe nonostante le precauzioni prese per evitare il pericolo ⁽⁵⁰⁾. A niente sarebbe servito alla società mostrare che « da tutte le macchine escono scintille e che non vi è mezzo alcuno per ripararvi »; quello che importa infatti è che « se per tali scintille succedono degli incendi, non potrà mai dirsi che codesti incendi siano effetto del caso, derivando invece dal fatto dell'esercizio e degli esercenti le ferrovie ». Lì dove non si capisce quale prova dell'assenza di colpa avrebbe potuto fornire la ferrovia. Il fondamento reale della sentenza della Cassazione, in realtà, sta altrove e diviene esplicito nel richiamo, effettuato seguendo la sentenza del 1877 della Corte di Appello, ad una responsabilità anche in assenza di colpa ⁽⁵¹⁾. Si crea una stratificazione di argomenti che per accordare la tutela risarcitoria fa riferimento, in primo luogo, alla teoria della colpa opportunamente rielaborato attraverso presunzioni e, qualora tale strumento non si riveli sufficiente, all'assolutezza del principio del *neminem laedere* e al tema della ingiustizia di una espropriazione senza indennizzo.

⁽⁵⁰⁾ Corte di Cassazione di Firenze, 28 febbraio 1901, in *Il Filangieri*, XXVI, 1901, p. 857.

⁽⁵¹⁾ « ...se i proprietari limitrofi dovessero subire i danni senza compenso, non sarebbe più vero che nessuno ha il diritto di immettere il fuoco nell'altrui fondo, che la proprietà è sacra e inviolabile e che nessuno è obbligato a cederla o a soffrire diminuzione se non per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata, e premesso sempre il pagamento di una giusta indennità » (Cassazione di Firenze, 28 febbraio 1901, cit., p. 857). Affermazioni che ritornano puntuali anche in Corte d'Appello di Lucca, 12 aprile 1913, in *Il Foro italiano*, 1914, I, cc. 47 e ss., in cui è ancora evidente lo sforzo di non abbandonare il terreno della colpa: « Se, dunque, prevedendolo le Ferrovie hanno concorso al fatto dannoso, non è più a parlarsi di caso fortuito, ché non è caso fortuito ciò che deriva dall'opera dell'uomo. E allora la colpa, sia pur lieve, lievissima, con la conseguente responsabilità dei danni, emerge dallo stesso fatto che ha offeso l'altrui diritto » (*ibidem*, c. 48). Cfr. anche Corte di Cassazione di Napoli, 9 settembre 1911, in *Il Foro italiano*, 1912, cc. 20-21 (può essere anche letta in *Giurisprudenza italiana*, 1911, I, cc. 1236-1240).

In che modo, ci si può chiedere, tali decisioni incidono sulla ricostruzione complessiva della responsabilità civile? Per rispondere è importante considerare soprattutto un dato: le decisioni del Novecento, successive quindi ai dibattiti dottrinali per una interpretazione oggettiva degli articoli 1151 e seguenti, si legano senza soluzione di continuità alle sentenze del periodo anteriore ove tali riferimenti sono del tutto assenti. La giurisprudenza non giunge all'abbandono della colpa mediante una riflessione sulla responsabilità aquiliana, ma attraverso una via autonoma che dà risultati che si sovrappongono agli altri senza inciderne realmente i principi ispiratori.

Significativa ci pare in tal senso una sentenza del 1914 della Corte d'Appello di Bologna ⁽⁵²⁾, cui è forse utile dedicare un po' di attenzione. Le solite scintille sospinte dal vento avevano incendiato questa volta nove pagliai di un podere confinante la strada ferrata. Dopo la condanna in primo grado dinanzi al Tribunale di Forlì, l'Amministrazione delle Ferrovie dello Stato aveva appellato facendo presente: a) che era stata riconosciuta una presunzione di colpa non ammissibile; b) che le prove presentate a suo carico dal danneggiato erano inidonee; c) che il fondamento della responsabilità era stato trovato fuori dalla teoria aquiliana del danno giuridico ⁽⁵³⁾.

La Corte di Appello ritiene che un corretto esame del caso in questione non avrebbe dovuto portare ad applicare la tesi della *culpa in re ipsa*, così come rifacendosi erroneamente al « trattato d'un insigne scrittore » (Giorgio Giorgi), aveva ritenuto il giudice di primo grado: a costituire la colpa — si sostiene — non è sufficiente « la coscienza della possibilità del danno; ma gli è che un evento dannoso per quanto prevedibile, non esce dai termini del caso ove non sia accompagnato dal requisito della evitabilità » ⁽⁵⁴⁾. Non è sufficiente dunque che il danneggiato si limiti a « provare la propagazione delle scintille quale causa determinante l'incendio di nove

⁽⁵²⁾ Corte d'Appello di Bologna, 13 febbraio 1914, in *Il Foro italiano*, 1914, 1, (cc. 964-966); può essere letta, però, più ampiamente in *Il Filangieri*, XXXIX, 1914, pp. 614 e ss. (testo a cui faremo qui riferimento).

⁽⁵³⁾ Corte d'Appello di Bologna, 13 febbraio 1914, cit., p. 614.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*, p. 615.

pagliai, ossia la sola offesa recata al (...) diritto di proprietà», occorre bensì la prova, così come esige la teoria extracontrattuale, sia della violazione del diritto che della colpa ⁽⁵⁵⁾. Nel caso in questione, di cui giova risparmiare al lettore gli ulteriori particolari, la Corte non ritiene sia stata esattamente applicata la *culpa in re ipsa* e richiama i principi degli articoli 1151 e seguenti in tutto il loro rigore, allineandosi così ai primi due punti dei motivi degli appellanti.

Si può avvertire però un salto allorché si passa all'esame del terzo punto; qui la Corte capovolge i suoi argomenti e dichiara la responsabilità della Società valicando i confini aquiliani. Il punto è che si può parlare di responsabilità della amministrazione ferroviaria anche « all'infuori della teoria aquiliana del danno giuridico » ⁽⁵⁶⁾; ed è proprio questo valicamento di confini che i giudici bolognesi tengono a precisare: non si vuole certo far riferimento alla suggestiva quanto eretica tesi « dell'agire a proprio rischio, o [a] quella ancor più ampia e radicale del danno obbiettivo »; il caso va dunque risolto abbandonando il filtro aquiliano e considerando i « principii generali di diritto, formanti parti integrante della nostra Legislazione positiva », sono essi che « assistono qui le ragioni dei danneggiati » ⁽⁵⁷⁾.

Anche in presenza della inevitabilità del fatto dannoso, e quindi in mancanza di colpa, resteranno i caratteri della « *iniuria* oggettiva, della violazione del diritto altrui ». Se dunque il danno è una « delle conseguenze irreparabilmente connesse all'esercizio ferroviario » e non può essere evitato senza far ricorso alla richiesta « risibile » di impedire l'esercizio ferroviario, non resta che tutelare i proprietari confinanti attraverso « il fenomeno giuridico della *conversione dei diritti* »: « il diritto del privato (...) si trasforma nel diritto ad un congruo compenso per il pregiudizio che deve soffrire nell'interesse della collettività » ⁽⁵⁸⁾. La Corte dunque ritiene l'amministrazione

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*, p. 615: « non si può (...) per via di semplice presunzione argomentare dall'incendio la mancanza di misure precauzionali e da questa supposta mancanza risalire alla nozione di colpa ».

⁽⁵⁶⁾ Corte d'Appello di Bologna, 13 febbraio 1914, cit., p. 616.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, p. 616.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*, p. 617: « Né vale obiettare ancora che il canone della inviolabilità della proprietà, riferendosi solo alla repressione dei fatti illeciti, non possa utilmente

ferroviaria responsabile attingendo a « un principio generale di diritto (...) secondo gliene dà facoltà l'art. 3 disp. prel. c.c., non la inaugurazione di teoriche che hanno sin qui avuto solo il battesimo della scienza e non anche quello del legislatore » (59).

Sino alla fine i contenuti tradizionali della responsabilità sono fatti salvi e ribaditi pur in presenza di una decisione che poi abbandona totalmente la responsabilità per colpa. L'allargamento della tutela privatistica non è più ottenuta attraverso un'elaborazione teorica sulla responsabilità aquiliana, ma con la sovrapposizione ad essa di un principio più ampio di equità e di 'giustizia distributiva'.

A cercare tra le varie decisioni giurisprudenziali in cui implicito è il richiamo alla responsabilità senza colpa, si può notare come altrettanto esplicita divenga la fuga dal campo aquiliano. Non a caso

incarnarsi là dove difetti la colpa, perocché qui si concreta la *iniuria* in senso *obiettivo*, con la condotta dell'agente, cioè con l'*iniuria soggettiva* della colpa ».

(59) Corte d'Appello di Bologna, 13 febbraio 1914, cit., p. 617. Anche nel caso in cui i giudici tengono a conservare in tutto il suo rigore la teoria tradizionale della responsabilità aquiliana non mancano mai di specificare l'impossibilità di far riferimento, nel caso in questione, ad una responsabilità derivante da atti legittimi: « al caso non può trovare applicazione il principio (...) della responsabilità della pubblica amministrazione per atti legittimi. Tale responsabilità si fonda oltreché sul principio di ragione naturale che nessuno deve arricchirsi con danno altrui, anche e soprattutto sul principio di giustizia distributiva, che, cioè, tra tutti i cittadini, non a carico di uno solo o di pochi, siano equamente ripartiti gli oneri che sorgono da una necessità od utilità pubblica. (...) Ma nella specie trattasi (...) di un fatto che deve ritenersi un fortuito, il quale come un accidente non imputabile a chicchessia, deve risentirsi da colui che ne è colpito, ovvero deve ascrivere a colpa dell'Amministrazione convenuta ed in questo caso si è in presenza di un atto illegittimo ». Così, sempre in tema di fuoriuscita di scintille dalle locomotive, il Tribunale civile di Roma, 27 febbraio 1914 (si legga la sentenza, unitamente con quella conforme della Corte di Cassazione di Torino, 26 giugno 1913, in *Giurisprudenza italiana*, 1914, I, 2, cc. 312-331) che respingeva poi la configurabilità della responsabilità per danni extracontrattuali incolpevoli e l'inversione dell'onere della prova. La sentenza è entusiasticamente commentata da S. G. PITOCCHI (*Irresponsabilità per danno incolpevole*, in *ibidem*) che loda il « sano risveglio nella più recente giurisprudenza », il « ritorno all'antico per quanto attiene ai principii fondamentali che disciplinano la materia della risarcibilità dei danni extracontrattuali » (cc. 317/318). L'Autore ribadisce su tutta la linea tali sue posizioni in una sua successiva nota (intitolata *Ancora sulla irresponsabilità per danni incolpevoli e sull'art. 73 della legge sulle opere pubbliche*) critica a Corte di Cassazione di Firenze, 26 marzo 1917 (in *Giurisprudenza italiana*, 1917, I, 1, cc. 849/877) che era ritornata ad applicare la *culpa in re ipsa* al caso di incendi provocati dalla fuoriuscita di scintille dalle locomotive.

la maggior parte delle pronuncie si ritrovano in tema di responsabilità della pubblica amministrazione. È sufficiente solo qualche richiamo: « quantunque non sia concepibile che lo Stato nell'adempimento delle sue funzioni (...) ricada nelle condizioni di colpa, che è base della responsabilità stabilita dall'articolo 1151, pure, dimostrata la lesione del diritto privato, deve prestarsi il risarcimento a norma dell'articolo 46 della legge sulla espropriazione per pubblica utilità »⁽⁶⁰⁾; « la pubblica amministrazione nell'esercizio dello *jus imperii* non è responsabile per colpa; è tenuta però per un principio di equità, ad indennizzare il cittadino dei danni eventualmente cagionatigli anche quando l'atto sia legittimo »⁽⁶¹⁾.

Gli argomenti dei fautori della responsabilità oggettiva emergono qua e là nella motivazione delle sentenze — negli ultimi casi citati si risente fortemente l'influenza dei dibattiti di fine secolo sulla responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione cui faremo riferimento in seguito —, sono tutti spostati però fuori dal dibattito interno alla responsabilità civile: le ragioni di giustizia e di equità che tutelano il danneggiato sono tali da indurre il giudice a supplire al rigore aquiliano attraverso il ricorso all'articolo 3 delle disposizioni preliminari al Codice civile e ad elasticizzare al massimo, sino a falsarle, le disposizioni sulla colpa, ma non sono tali da piegare la consolidata tradizione interpretativa nella lettura dell'istituto. Il pratico è, d'altronde, meno condizionato dai rigori logici della dottrina e può accontentarsi del risultato 'giusto' raggiunto attraverso qualsiasi itinerario: se la sua interpretazione sistematica non è così forte da piegare la responsabilità per colpa, gli è sufficiente aggirare l'ostacolo, guardando il caso da un osservatorio posto più in alto oppure forzando la legge con pronuncie 'errate ma giuste'.

3. *Schermaglie infortunistiche.*

In un settore come quello della proprietà, sicuramente non povero di appigli sistematici per l'interprete, la giurisprudenza

⁽⁶⁰⁾ Così la Corte d'Appello di Trani, 6 aprile 1906, in *Prima raccolta completa della Giurisprudenza sul Codice Civile*, cit., art. 1151-1152, n. 1518 (p. 514); cfr. anche n. 1522 (Cassazione di Napoli, 10 marzo 1904).

⁽⁶¹⁾ Corte di Cassazione di Napoli, 23 agosto 1904, cfr. in *ibidem*, n. 1645.

‘osava’ affermare più ampie tutele per il danneggiato ricorrendo ai principi generali e spingendosi fuori dall’area della ‘vera’ responsabilità aquiliana; in altri settori invece si limitava a permanere nell’ambito delle tutele raggiungibili con le possibili elasticizzazioni e finzioni permesse dal principio tradizionale e riteneva le tesi oggettivistiche ‘rimedi’, più temuti che auspicati, *de jure condendo*. Se il danno ingiusto non può ottenere una soluzione attraverso un ripensamento globale dell’istituto, bensì solo attraverso espedienti parziali, si ha come conseguenza che alla sua permanente ‘immobilità’ si accompagni, in settori meno ricchi di ‘tutele’ civilistiche, un rinvio all’esterno non solo dell’ambito aquiliano ma dello stesso diritto civile.

Il settore che emblematicamente si presta ad analizzare tale fuga dal diritto civile è quello degli infortuni sul lavoro. Sarà qui sufficiente fare solo qualche richiamo alla giurisprudenza poiché già conosciamo, da quanto detto nei capitoli precedenti, le principali linee di tendenza della dottrina ⁽⁶²⁾ e le contraddizioni cui dava luogo un riammodernamento, come quello operato da Chironi, del sistema tradizionale applicato agli infortuni ⁽⁶³⁾. In questo settore la giurisprudenza non ‘osò’ molto più della dottrina, frenata sia dall’attesa della soluzione legislativa, sia dalla pochezza delle tutele ottenibili permanendo all’interno del principio, pur elasticizzato, della responsabilità per colpa.

Le schermaglie giurisprudenziali in tema di responsabilità furono comunque frequenti, e talvolta violente, ma sostanzialmente tutte interne all’orizzonte del criterio tradizionale. La disputa più nota è tra la giurisprudenza richiamantisi — seguendo il modello che abbiamo visto presente in Chironi — esclusivamente alla responsabilità extracontrattuale, tesi forte dell’argomento della ‘più ampia’ tutela garantita dalla *culpa levissima* ⁽⁶⁴⁾, e la giurisprudenza che,

⁽⁶²⁾ Cfr. IV.4. 1/2 Vedremo nel capitolo decimo gli ulteriori sviluppi dei progetti legislativi sull’argomento degli infortuni sino alla legge del 1898.

⁽⁶³⁾ Cfr. V.2 e 4.

⁽⁶⁴⁾ L’onere della prova spettava in questo caso all’operaio infortunato. Estremamente chiara è, comunque, l’utilizzazione del principio nel senso della estensione della tutela dell’operaio infortunato: « Si versa in tema di quasi delitto e *in lege aquilia et levissima culpa venit*. Principio che tramandato dalla romana sapienza, scritto nel Codice, è venuto in dottrina e in giurisprudenza progressivamente svolgendosi e

facendo proprio l'espedito contrattuale di Sauzet e Sainctelette, mirava ad un ampliamento della tutela da ottenersi agendo sull'onere probatorio, 'automaticamente invertito' passando dal settore aquiliano a quello contrattuale (65).

Più raro è in questo campo l'inversione dell'onere della prova ottenuta mediante il richiamo alla *culpa in re ipsa* (66); pressoché assenti sono inoltre le decisioni fondate sulla responsabilità oggettiva, non solo in relazione agli articoli 1151 e 1152, ma anche al primo comma dell'articolo 1153 nella parte attinente alle « cose in custodia » su cui insisteva la più ardita dottrina di fine secolo convinta della risolvibilità endocivilistica del problema degli infortuni (67). Si trovano pronuncie riguardanti invece l'articolo 1153 che giungono a dichiarare una responsabilità oggettiva dei padroni e dei committenti per gli infortuni derivanti ad un operaio dal fatto di un altro operaio; molto più spesso però anche questi casi continuano ad essere risolti in riferimento alla colpa *in eligendo* o *in vigilando* (68): il superamento delle finzioni resta a lungo solo un auspicio della dottrina cui la giurisprudenza presta scarsa attenzione.

Quello che dalla giurisprudenza emerge con chiarezza, e gli

concretandosi, nei rapporti tra padroni ed operaio, nella massima che il padrone è tenuto alla sicurezza dell'operaio ed a fornirgli gli strumenti di lavoro più adatti a prevenire ogni evento disastroso per lui: di qualunque fatto, di qualunque omissione si rende colpevole, riguardo all'uno o all'altro di quegli obblighi, egli deve rispondere« (così: Corte d'Appello di Firenze, 26 gennaio 1895, in *Il Filangieri*, XX, 1895, (pp. 360-362) p. 362).

(65) Cfr. *Prima raccolta completa della Giurisprudenza sul Codice Civile*, cit., art. 1151-1152, nn. 957 e ss. (pp. 474 e ss). L'onere della prova liberatoria dalla responsabilità incombeva sul datore di lavoro 'presunto' in colpa. Spesso a queste questioni si aggiungeva quella della natura civilistica o commerciale dell'azione. Sul tema cfr. U. PIPPA, *Nota a Corte d'Appello di Genova*, 17 agosto 1896, in *Il Foro italiano*, 1896, I, cc. 988-1004; G. FIORETTI, *Colpa contrattuale e colpa aquiliana negli infortuni sul lavoro* (Nota a Corte di Cassazione di Torino, 27 dicembre 1900), in *Giurisprudenza italiana*, 1901, I, 1, cc. 343-350. Per un quadro delle controversie giurisprudenziali e dottrinali sul tema cfr. T. BRUNO, *Infortuni sul lavoro*, in *Digesto italiano*, XIII, 1, 1902/1906 (la voce in questione è del 1904), pp. 773-854; L. GAETA, *Infortuni sul lavoro*, cit..

(66) *Prima raccolta completa della Giurisprudenza sul Codice Civile*, cit., art. 1151-1152, nn. 945 e 946.

(67) Ci riferiamo soprattutto alle analisi di Raymond Saleilles e, in parte, di Ludovico Barassi: cfr. *infra* VIII. 6; e IX. 2.

(68) Cfr. *Prima raccolta completa della Giurisprudenza sul Codice Civile*, cit., art. 1153, nn. 810 e ss. (pp. 1023 e ss.).

annotatori delle sentenze non mancano di farlo notare, è l'impossibilità di affrontare l'ingiustizia dell'infortunio rimanendo all'interno del criterio della colpa. In questo caso la 'inevitabilità' del danno, più che spingere verso una ampia riflessione civilistica sul criterio del rischio, come accadde in Francia, è considerata solo come il segnale dell'esigenza di una soluzione fuori dal diritto comune. E in tal senso il riferimento a quanti proponevano la via pubblicistica diviene obbligatorio e non si può far altro che notare, con Bruno Chimirri, che « una soluzione equa, razionale, comprensiva, non si ottiene altrimenti che abbandonando le norme inflessibili del diritto privato » (69). L'evidenza dell'ingiustizia, quell'evidenza che spingeva l'interprete a ricorrere ai principi generali per tutelare la proprietà lesa, qui milita semplicemente a far sì che si abbandoni la responsabilità: il richiamo al rigore dei principi civilistici è proporzionale all'ampiezza dell'invito a risolvere la questione fuori dal diritto civile. Argomento che, se non elimina nel diritto civile l'ingiustizia nei confronti dell'operaio infortunato, ha il pregio di esimere l'interprete da uno sforzo ulteriore di flessione dei principi civilistici, rinviando semplicemente al rimedio legislativo « pubblicistico » dell'assicurazione obbligatoria.

Una via che finisce col trovare il consenso anche dei fautori di quell'"elargimento" del diritto privato che non accettavano certo soluzioni parziali, frammentarie, né tanto meno rinunce teoriche da parte della civilistica. Basti far riferimento alla voce autorevole di Carlo Francesco Gabba: « Codesto rigore dei principii non toglie, anzi consiglia e raccomanda — scrive — che ciò che a vantaggio degli operai non si può fare per via del diritto civile, si abbia a fare per altra via (...) mediante la loro assicurazione obbligatoria a cura degli stessi imprenditori » (70). Argomenti che certamente pesarono

(69) « Restringendo il problema degli infortuni nell'angusta cerchia della responsabilità civile, la soluzione diventa impossibile ovvero assurda e insufficiente ». La citazione di Bruno Chimirri è in G. RISSETTI, *Nota* a Corte d'Appello di Roma, 10 giugno 1896, in *Il Foro italiano*, 1897, I, c. 310. Sulla questione si cfr. ancora *infra* cap. X.

(70) C. F. GABBA, *Nota* a Corte d'Appello di Napoli, 16 febbraio 1898, in *Il Foro italiano*, 1898, I, (cc. 862-883), c. 872 e 873. Intervento poi pubblicato senza sostanziali variazioni, col titolo *Responsabilità del padrone per infortuni degli operai sul lavoro*, in C. F. GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, Torino, Bocca, 1906, vol II, pp. 98-131; come per tutte le altre note di Gabba cui si fa riferimento nel presente lavoro abbiamo

non poco a bloccare quanti auspicavano *de iure condendo* una soluzione del tema degli infortuni entro i confini della responsabilità civile, e che contribuirono a disperdere nel vuoto la voce di coloro che ritenevano tali soluzioni già presenti nel diritto vigente.

Un altro atteggiamento contribuì non poco ad impedire che la via della soluzione giurisprudenziale fosse percorsa: il timore diffuso verso la discrezionalità del giudice, quel « male gravissimo » temuto anche dalla dottrina più intenta a flettere l'istituto della responsabilità civile. Ogni tanto qualche annotatore delle pur caute sentenze in tema di infortuni abbandona i mezzi termini ed esprime la preoccupazione in tutta franchezza: « È inutile dissimularlo: il magistrato, assorbendo inconsciamente i principi nuovi, che hanno invaso l'ambiente in cui viviamo, si mostrò in questi ultimi tempi molto inclinato a favorire le domande di danni per infortuni sul lavoro. Nella pratica giudiziaria si citano azioni di danni che parevano temerarie ed ebbero l'onore della vittoria. Il magistrato, postosi arbitro fra la miseria dell'operaio e la potenza del capitale, trovò umano di indulgere a favore del primo. È questo un socialismo giudiziario: e fra il socialismo giudiziario ed il legale, indubbiamente è preferibile il secondo » (71).

Il timore per l'affermarsi del 'socialismo giudiziario' e l'apertura

preferito rinviare direttamente all'edizione in cui è presente la sentenza commentata; la lettura dei due testi non può essere infatti disgiunta, come accade con scelta molto discutibile nelle varie raccolte degli interventi di Gabba.

(71) G. RISSETTI, *Nota a Corte d'Appello di Roma*, 10 giugno 1896, cit., c. 311.

Dallo stesso testo è tratta anche l'espressione « male gravissimo » più sopra riportata. Affermazioni ricorrenti anche dopo l'approvazione della legge sugli infortuni nella stessa giurisprudenza volta a respingere interpretazioni estensive della responsabilità senza colpa: « questo collegio ritiene (...) dimostrata la inconciliabilità della teorica del danno incolpevole col nostro diritto positivo, e, si può anche soggiungere, colle tradizioni cui si informa. Quando il legislatore ritenne maturo, in tema d'infortuni sul lavoro, un sistema di risarcimento che astraeva dalla colpa, lo dispose con legge apposita della quale qui non occorre applicazione. E poiché si è fatto anche riferimento alle ragioni di morale, di equità che sussidiano la teorica del danno incolpevole, è il caso di soggiungere che per quanto si voglia consentire in una evoluzione interpretativa della legge per piegarla alle nuove esigenze della vita, non può tuttavia alterarsi la funzione del giudice fino ad autorizzare una interpretazione che uscendo dall'ambito dei principii che la legge informano, verrebbe a creare un diritto nuovo » (Corte di Cassazione di Torino, 26 giugno 1913, in *Giurisprudenza italiana*, 1914, I, 2, cc. 314 e ss., riportata in *Nota a Tribunale civile di Roma*, 27 febbraio 1914). Sul tema, comunque, cfr. *infra*, X. 3.

verso l'intervento legislativo statale viaggiano inevitabilmente insieme. A favorire la seconda scelta c'è inoltre tra i civilisti la convinzione della collocazione 'separata' rispetto al diritto privato della legge sociale, 'assistenziale', dello Stato: l'intervento sociale considera sì la « potenza del capitale e la miseria dell'operaio », ma non introduce nel diritto privato il pericolo di una valutazione ricco/povero, rafforza l'assolutismo giuridico (72), ma non altera certo le 'immutabili' linee degli istituti civilistici. Si svuota però in tal modo la possibilità di una reale e continua trasformazione interna alla costituzione privatistica e la si marginalizza; e nello scontro tra giuristi e legislatore si delinea già chiara la figura del vincitore.

4. *Un cenno al danno morale.*

Quando si è in presenza di un'ampia e generale norma di chiusura dell'ordinamento e quando il suo dettato è privo di espliciti riferimenti a settori relevantissimi, può accadere che le battaglie giuridiche si combattano non con i soliti colpi di fioretto, ma facendo grossolano appello al sentimento di giustizia e accusando inevitabilmente l'avversario di farsi patrocinatoro del 'sentimento' opposto. È quanto accadde nell'Italia postunitaria sul tema dei danni morali: per Giorgio Giorgi, influenzato sull'argomento più da Melchiorre Gioia che da Laurent (73), la giurisprudenza italiana doveva spingersi ad allargare i suoi criteri per la liquidazione del danno morale e negare « le aberrazioni di certi pseudo-filosofi » vanamente intenti a negarla (74); per Carlo Francesco Gabba, il giurista più impegnato sul fronte opposto, sono invece le dichiarazioni favorevoli al risarcimento « vere e proprie aberrazioni, dalle quali è ad augurare che la giurisprudenza italiana rinsavisca al più

(72) L'espressione è utilizzata nel senso di P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, cit..

(73) Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., vol. V, pp. 335 e ss.; ampio è lo spazio dato alle argomentazioni di Melchiorre Gioia anche da Giovanni Cesareo Consolo (cfr. *Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., pp. 222 e ss.).

(74) G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., vol. V, p. 340.

presto (...), aberrazioni suscitate lontanamente da un sentimentalismo antigiusuridico » (75).

La posizione dei due autori fu quella che più influenzò le decisioni giurisprudenziali: la corrente favorevole al risarcimento fu a lungo pressoché unanime e si indebolì solo a partire dal 1896, data dell'intervento di Gabba; da allora in un numero crescente di decisioni si escluse decisamente il risarcimento del danno morale e ci si pronunciò per la risarcibilità dei soli danni patrimoniali indiretti (76).

Ritornando sull'argomento quindici anni dopo, Gabba non nascose la soddisfazione per l'evidente prevalenza acquistata dalla dottrina della « inammissibilità razionale e giuridica » del danno morale dopo il suo scritto (77) e poté finalmente rallegrarsi dell'abbandono di una via « che significava ritorno al diritto barbarico, in cui tutte quante le ingiuste offese, materiali e morali trovavano compenso in somme di denaro » (78).

(75) C. F. GABBA, *Nota a Corte di Cassazione di Palermo*, 23 febbraio 1895, in *Il Foro italiano*, 1896, I, (cc. 685-706), c. 700.

(76) Cfr., per ampi riferimenti alla giurisprudenza favorevole, *Prima raccolta completa della Giurisprudenza sul Codice Civile*, cit., art. 1151-1152, nn. 4960 e ss. (pp. 782 e ss.); per la tendenza favorevole al solo risarcimento dei danni patrimoniali indiretti cfr. *ibidem*, nn. 4999 e ss. (pp. 737 e ss.): in tema di responsabilità per quasi delitto — si afferma —, i danni morali consistenti nel dolore e nel patema d'animo non costituiscono un titolo di risarcimento, qualora non abbiano influito a determinare un danno patrimoniale. In generale sull'argomento è utile confrontare quanto scrivono G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1983; e C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, cit..

(77) C. F. GABBA, *Ancora sul risarcimento dei così detti danni morali*, *Nota a Corte di Cassazione di Roma*, 27 aprile 1912, in *Giurisprudenza italiana*, 1912, I, 1, (cc. 837-847), c. 843. Cfr. anche C. F. GABBA, *Nota a Corte d'Appello di Palermo*, 16 marzo 1903, in *Il Foro italiano*, 1903, I, (cc. 944-949).

(78) C. F. GABBA, *Ancora sul risarcimento dei così detti danni morali*, *Nota a Corte di Cassazione di Roma*, 27 aprile 1912, cit., c. 844. Qualche anno dopo si può dare per scontata la completa vittoria dell'indirizzo per la non risarcibilità: cfr. Corte d'Appello di Roma, 23 luglio 1921, (con *Nota* di G. PACCHIONI, *Della irrisarcibilità dei danni morali*), in *Rivista del diritto commerciale*, XX, 2 (1922), pp. 178 e ss.. In realtà, anche in questi anni l'indirizzo favorevole al risarcimento non era del tutto scomparso: cfr. Corte d'Appello di Milano, 11 maggio 1920, 15 dicembre 1920 e 21 gennaio 1921 (commentate favorevolmente da Biagio Brugi), in *Rivista del diritto commerciale*, XIX, 2 (1921), pp. 448 e ss. Prima della guerra lo stesso Pacchioni si diceva convinto che il dissenso dottrinale tra i fautori dei « concetti precisi » della « logica giuridica » —

Quanti accettavano il risarcimento del danno morale si rifacevano alla nozione ampia di danno desumibile dall'articolo 1151 e spostavano nella lettura di tale articolo il termine « qualsiasi » da « fatto » a « danno », richiedendo di conseguenza il risarcimento anche del danno morale ⁽⁷⁹⁾. L'argomento della difficile valutazione dei danni morali — sostenevano — non può certo opporsi alla risarcibilità: non si può desumere dall'affermazione che il denaro non è un compenso adeguato per i danni morali la incongrua conseguenza di non accordare alcun risarcimento ⁽⁸⁰⁾. Nell'evidente difficoltà di trovare un criterio esatto di stima, Laurent aveva risolto

contrari alla valutazione patrimoniale della sofferenza — e la dottrina più propensa a lasciarsi guidare dal « sentimento di giustizia », sino al punto di « sacrificare la logica giuridica », avrebbe potuto esser risolto solo con un intervento legislativo (G. PACHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, nota a Corte d'Appello di Trani, 25 giugno 1910, in *Rivista del diritto commerciale*, IX, 2, (1911), pp. 240 e ss.). Spesso la giurisprudenza sceglieva una linea intermedia, accordando il risarcimento per i danni morali, ma invitando ad una applicazione 'moderata' del principio: « il dolore sofferto in conseguenza di delitto o di quasi delitto deve essere liquidato con moderazione, affinché la sventura non diventi oggetto di speculazione » (così: Corte d'Appello di Bologna, 19 febbraio 1907, in *Giurisprudenza italiana*, 1907, I, 2, c. 438).

⁽⁷⁹⁾ Cfr. C. LOZZI, *Del risarcimento dei danni morali con qualche norma per la loro applicazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1883, IV, (cc. 129-142) c. 132. Lo scritto di Lozzi è una buona sintesi dei contrasti e delle incertezze esistenti nell'indirizzo della dottrina favorevole alla risarcibilità dei danni morali, e solo in tal senso gli si può dar credito; per altro verso, lo scritto può testimoniare solo della pochezza culturale di una fascia di operatori pratici e di 'commentatori': il nostro Lozzi, ad esempio, richiama tra Giorgi e Laurent nientemeno che « l'opinione del romanista Schmerzengeld »! (c. 134). Per una serrata critica delle argomentazioni cui si fa riferimento nel testo cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1. ed., vol. II, pp. 218 e ss.; sempre di Chironi si cfr., però, il più ponderato studio successivo *Del danno morale*, in *Studi e questioni di diritto civile*, vol. II, *Parte speciale (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, cit., pp. 383 e ss..

⁽⁸⁰⁾ « Chi arriva a questa conseguenza — scrive Giorgi — fa un ragionamento molto simile a quel mutuatario, il quale dovendo restituire mille lire, e non avendone più di cento, si rifiutasse di restituire anche queste cento, perché insufficiente a estinguere il debito. Se il danno morale non si può interamente compensare, perché non se ne trova prezzo adeguato, si compensi almeno come si può, dando una somma, la quale non sarà un perfetto risarcimento, ma consentirà almeno quella indennizzazione che è consentita dalla potenza umana » (G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., vol. V, p. 339). Le argomentazioni di Giorgi furono frequentemente riproposte cfr. C. LOZZI, *Del risarcimento dei danni morali*, cit., c. 135; e G. CESAREO CONSOLO, *Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., pp. 227 e ss.. Cfr. anche sul tema A. MINOZZI, *Il danno non patrimoniale*, cit..

il problema schierandosi a favore di un ampio 'arbitrio' del giudice: « L'arbitraire est ici dans la nature des choses et il peut tourner à bien, parce qu'il permet au juge de prononcer des peines civiles sans limite aucune, donc en les proportionnant à la gravité du tort moral » (81).

Ed è soprattutto ai pericoli connessi « al libero, troppo libero arbitrio dei giudici » che si guarda con preoccupazione discutendo del danno morale: non solo gli oppositori al risarcimento erano impauriti dalla incontrollabile libertà del giudice; ma anche coloro che, pur protestando contro una « giurisprudenza senza testa e senza cuore » (82) poco propensa a considerare tutte le « ingiustizie » tutelate dalla responsabilità aquiliana, non riuscivano a condividere il pericoloso rinvio in bianco alla giurisprudenza operata da Laurent. Anche in questo settore la visione dell'articolo 1151 quale principio generale di giustizia non tollerante eccezioni, l'inevitabile richiamo all'arbitrio del giudice e la tendenza a tracciare rigide linee di azione si fondono contraddittoriamente insieme.

La preoccupazione principale della dottrina favorevole al risarcimento è quella di spiegare che il fondamento, radicato « nei principi di diritto naturale », dell'articolo 1151 (83) include necessariamente una tutela anche per il danno morale, e ciò proprio per evitare arbitrari rifiuti di giustizia da parte del giudice di fronte alle incertezze del caso concreto. I contrari hanno più argomenti su cui insistere: l'indeterminatezza e l'approssimazione non si conciliano — dicono — con la precisione del giuridico, e non possono fornire alcuna guida al giudice; l'impossibile esatta liquidazione dei danni morali, la loro non riconducibilità al concetto di patrimonio, rende il risarcimento del danno puramente morale solo una misura sanzionatoria e non risarcitoria, dà luogo quindi ad una pena privata la cui discutibilissima introduzione non può in ogni caso spettare al giudice ma solo al legislatore (84); la facilità cui il tema si presta

(81) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 395, p. 415.

(82) C. LOZZI, *Del risarcimento dei danni morali*, cit. p. 140. Non a caso Lozzi finisce per chiedere « ai legislatori di voler provvedere »: « per quanto sia malagevole questa nuova parte di legislazione, pure sarà sempre meglio dello sfrenato arbitrio dei giudici, col quale non si deve far mai troppa fidanza ».

(83) A. MINOZZI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 170.

(84) Cfr. C. F. GABBA, *Nota* a Corte di Cassazione di Palermo, 23 febbraio 1895,

all'applicazione della *culpa in re ipsa* ⁽⁸⁵⁾ e l'impossibilità di provare l'assenza del dolore offrono l'adito a speculazioni, alla monetizzazione non solo delle passioni vere — ammesso per assurdo, si aggiunge, che sentimenti e denaro si possano in alcun modo compensare —, ma anche di quelle false, manifestate da abili avventurieri ⁽⁸⁶⁾.

L'approssimazione di molte sentenze, e la grossolanità con cui la relazione denaro/dolore era posta ⁽⁸⁷⁾, offriva ancora di più la possibilità di dipingere a colori vivi « le aberrazioni » della risarcibilità del danno morale. Le linee dell'offensiva contro la giurisprudenza favorevole al risarcimento restano comunque quelle tracciate da Gabba: l'inaccettabilità dell'individuazione di un qualsiasi fondamento di tale risarcimento nel diritto romano ⁽⁸⁸⁾ — i fautori del danno morale hanno dalla loro parte, se vogliono, solo il « diritto barbarico » —; l'inconfigurabilità del danno morale, mancante di un oggetto esteriore e sensibile, come danno in senso giuridico; e — si aggiunge — se, « per inconcepibile ipotesi », fossero veri danni, resterebbe sempre insormontabile l'impossibilità della stima; e infine, ma con peso determinante, l'argomento del pericolo dell'arbitrio giudiziale e di una estensione non controllabile della sfera del danno risarcibile ⁽⁸⁹⁾.

Giova fermarsi però solo a questi brevi cenni; ci premeva infatti

cit., cc. 701 e ss.; e A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *Bollettino dell'istituto di diritto romano*, XVI, 1904, (pp. 206-289), soprattutto pp. 284 e ss..

⁽⁸⁵⁾ Cfr. Corte d'Appello di Venezia, 18 febbraio 1887, in *Il Foro italiano*, cc. 503-506 (con Nota di L. MORTARA); Corte di Cassazione di Firenze, 28 marzo 1889, in *Il Foro italiano*, I, 1889, cc. 907-908; Corte d'Appello di Trani, 15 aprile 1901, in *Il Filangieri*, XXVI, 1901, pp. 623-624: « ...è nella natura dei danni [moral]i medesimi l'impossibilità di specializzarli e di dimostrarli al modo stesso dei materiali ».

⁽⁸⁶⁾ C. F. GABBA, *Nota a Corte di Cassazione di Palermo*, 23 febbraio 1895, c. 704.

⁽⁸⁷⁾ Cfr., ad esempio, Corte d'Appello di Brescia, 19 maggio 1890, in *Il Foro italiano*, 1890, I, cc. 1024 e ss..

⁽⁸⁸⁾ Completamente volto a mostrare — in contrapposizione con le tesi di Jhering e Windscheid — l'estraneità al diritto romano del risarcimento del danno morale è la dettagliata ricostruzione di A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, cit..

⁽⁸⁹⁾ C. F. GABBA, *Nota a Corte di Cassazione di Palermo*, 23 febbraio 1895, cit., cc. 699 e ss..

solo notare come, in assenza di una normativa specifica, l'estensione dell'articolo 1151 acquistasse nella pratica — sotto l'influenza del modello francese e il peso non trascurabile riguardo alla risarcibilità dei danni morali delle argomentazioni di Melchiorre Gioia — un ruolo generalizzato di norma suppletiva delle ingiustizie e delle lacune codicistiche. La dottrina più illustre di fronte a tali applicazioni disinvolve della responsabilità aquiliana da parte dei pratici opera da freno, richiamandosi ad una corretta applicazione dei principi giuridici, alla divisione dei poteri, al primato della legge. Sono però più i rilievi ideologici che quelli tecnico-giuridici a colpire in questo campo la giurisprudenza: la parte più vibrante dell'intervento di Gabba, quella che indusse i giudici a mutare le loro sentenze, era fondata, più che su argomentazioni giuridiche particolarmente nuove, sull'esigenza di respingere la « decadenza intellettuale », il « rilassamento intellettuale » che l'assimilazione di elementi inconciliabili, quali « sentimento di giustizia e danaro », avrebbe provocato ⁽⁹⁰⁾. A vincere non è il Gabba che convince con l'argomentazione giuridica, ma il Gabba che persuade con immagini dalle tinte forti, prospettando scenari di distruzione della scienza e di decadimento intellettuale e morale. Il sottile ragionamento giuridico e il richiamo alla legalità fa poca presa su una giurisprudenza disposta a riempire l'involucro ampio dell'articolo 1151 con i contenuti più variegati e a utilizzarlo persino in esplicito contrasto a specifiche disposizioni legislative, senza per questo sentirsi fuori in alcun modo dalla legalità e dal Codice.

A rivelarsi determinante nei contrasti sul tema, al di là delle nobili motivazioni che sostenevano le argomentazioni dei diversi schieramenti, è soprattutto un nodo giuridico irrisolto da parte di una dottrina disposta sì a sostituirsi al legislatore, senza alcuno scrupolo per la legalità, ma assolutamente rigida nei confronti dei poteri del giudice: il timore dell'arbitrio giurisprudenziale — anche in quei settori in cui esso appariva « dans la nature des choses » — è ancora l'inevitabile punto di arrivo e di discordia di tutte le discussioni tendenti ad allargare in qualsiasi modo la sfera di applicazione dell'articolo 1151.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, c. 702.

5. *Danno da seduzione.*

Il principio per cui ciascuno deve risarcire i danni causati ad altri per sua colpa — è stato autorevolmente affermato — racchiude in sé una di quelle grandi regole di equità che da sole potrebbero riassumere l'intero diritto: un tale principio generale non può che svolgere un ruolo sussidiario rispetto alle norme 'particolari', altrimenti esso le assorbirebbe al suo interno e le renderebbe inutili, trasformandosi così in un pericoloso strumento per aggirare la legge, per sostituire l'interprete al legislatore ⁽⁹¹⁾.

Il caso forse più tipico nell'Ottocento francese ed italiano di elusione di una normativa particolare mediante il rinvio al principio generale della responsabilità aquiliana si ebbe per le ipotesi di risarcimento dei danni causati da « seduzione ». La norma aggirata era, nel sistema francese, l'articolo 340 del *Code civil* e, in quello italiano, l'articolo 189 che vietava, facendo eccezione solo per alcune ipotesi, le indagini di paternità ⁽⁹²⁾. Dopo un primo periodo in cui si attenne alla lettera dell'articolo 340, la giurisprudenza francese accolse il principio — si fa in genere riferimento ad una decisione della Cassazione parigina del 1845 — per cui l'azione di risarcimento promossa dalla donna per ottenere la riparazione dei danni causatigli dalla seduzione 'sotto promessa di matrimonio' fosse di natura ben diversa da un accertamento indiretto di paternità: la madre — si sosteneva — agisce *jure proprio* e non in nome del figlio, fa riferimento al principio di cui all'articolo 1382 e non a quello dell'articolo 340 ⁽⁹³⁾. A partire dall'inizio degli anni Ottanta tale indirizzo giurisprudenziale fu accolto ampiamente anche in Italia: pur ammettendo — sostenne la Cassazione di Torino nel 1881 — che per provare l'azione di danni contro il seduttore occorra addurre gli stessi fatti e le stesse circostanze che farebbero da base ad una

⁽⁹¹⁾ Cfr. H. e L. MAZEAUD-A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, cit., p. 17 e ss.

⁽⁹²⁾ L'articolo 340 del Codice Napoleone consentiva le indagini solo in caso di 'ratto'; l'articolo 189 del Codice civile italiano « nei casi di ratto e di stupro violento, quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento ».

⁽⁹³⁾ Sul punto è sufficiente rinviare alle sintesi presenti in E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit., pp. 113 e ss.; 136 e ss.; e G. PACCHIONI, *Nota a Tribunale di Pordenone*, 11 gennaio 1889, in *Annuario critico della giurisprudenza pratica*, pp. 62 e ss..

indagine di paternità naturale, il divieto di tali indagini non può essere assunto quale ostacolo ⁽⁹⁴⁾.

Tale indirizzo giurisprudenziale divenne presto dominante: « il fondamento giuridico della proposta azione — affermava nel 1908 la Corte d'Appello di Casale, sostenuta oramai da innumerevoli precedenti — è indubbiamente riposto nella disposizione dell'art. 1151 del Codice civile che, consacrando un eterno principio di giustizia, inesorabilmente esige che ciascuno debba del proprio fatto rispondere » ⁽⁹⁵⁾; ed ancora: « ...la donna sedotta non reclama il prezzo del disonore, e neppure un compenso corrispondente al mancato matrimonio, bensì il risarcimento del danno che fu conseguenza diretta della subita seduzione in seguito agli inganni e alle male arti adoperate dal seduttore che le tolsero ogni possibilità di resistenza » ⁽⁹⁶⁾. L'azione non è quindi attinente né al mancato adempimento della promessa di matrimonio ⁽⁹⁷⁾, né interferisce in alcun modo con l'articolo 189 del Codice civile; si fonda bensì sul principio « generale ed assoluto » di « risarcire il danno cagionato ad altri per propria colpa » ⁽⁹⁸⁾.

A monte delle decisioni e del riferimento all'articolo 1151 c'è una precisa volontà della giurisprudenza di colmare una lacuna della legge; anzi, di porre riparo ad una sua evidente stortura: il principio incriminato è il divieto di ricerca della paternità naturale ed unanime è il coro di condanna anche nella dottrina. Carlo Francesco Gabba

⁽⁹⁴⁾ Corte di Cassazione di Torino, 31 maggio 1881, (con *Nota* di C. F. GABBA), in *Il Foro italiano*, 1881, I, cc. 628 e ss..

⁽⁹⁵⁾ Corte d'Appello di Casale, 25 novembre 1908, in *Giurisprudenza italiana*, 1909, I, 2, c. 7.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*, c. 8.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. G. PACCHIONI, *Nota* a Tribunale di Pordenone, 11 gennaio 1889, cit., p. 69: la donna « sedotta e abbandonata » non ha un'azione in base all'articolo 54 (riguardante l'inadempimento della promessa di matrimonio): « se la donna è resa madre, ciò non sarà dovuto alla promessa, ma alla seduzione, alle insidie, ed alle arti turpi colle quali l'uomo giunse ad ottenere la soddisfazione dei suoi sensuali desideri. È questo fatto dunque, se realmente esiste, che dà luogo alla responsabilità del successivo abbandono, non la promessa; la promessa in sé non basta a far sorgere nell'uomo alcuna grave responsabilità »; p. 70: « Per efficacemente tutelare gli interessi della donna, compito altamente sociale, nessun mezzo più efficace può pensarsi del lasciarla sotto la vasta tutela del principio che a niuno è lecito arrecare danni altrui ».

⁽⁹⁸⁾ Corte d'Appello di Casale, 25 novembre 1908, cit., c. 8.

è, a dire di Enrico Cimbali, « l'apostolo zelante » della lotta contro un divieto che definisce « ingiusto », « inumano », « immorale »⁽⁹⁹⁾; e non è certo isolato: criticano aspramente il divieto delle indagini sulla paternità naturale — con la minore o maggiore veemenza dettata dal temperamento — Icilio Vanni⁽¹⁰⁰⁾, Francesco Filomusi Guelfi⁽¹⁰¹⁾, Enrico Cimbali⁽¹⁰²⁾, Giuseppe Salvioli⁽¹⁰³⁾. Quest'ultimo, nella sua enfasi socialista, non conosce mezzi termini: occorre — scrive — proteggere « le donne del popolo », « dell'articolo 189 infatti hanno sofferto solo le classi operaie (...) queste sedotte non sono mai le figlie di un abbiente, ma sono reclutate nelle file del proletariato delle industrie e delle città »; la seduzione — propone — deve essere repressa come « la violenza », perché « l'onore è un diritto, una proprietà, e la seduzione è una frode »⁽¹⁰⁴⁾.

La dottrina indirizzava i suoi sforzi verso una proposta di riforma dell'articolo 189, ma rifiutava, nell'attesa della nuova legge, ogni suo aggiramento: Gabba, ad esempio, oltre che 'l'apostolo' della riforma, è il principale oppositore dell'indirizzo giurisprudenziale favorevole al risarcimento dei danni alla donna sedotta in quanto individua in esso una dichiarazione di paternità ottenuta per vie indirette, e palesemente contrastante con l'esplicito divieto posto

⁽⁹⁹⁾ Cfr. C. F. GABBA, *La dichiarazione della paternità e l'articolo 189 del Codice civile italiano*, in *Annuario delle scienze giuridiche sociali e politiche*, II, 1881, pp. 178-240. L'affermazione di Cimbali è in *La Nuova Fase del diritto civile*, cit., p. 109. Si ispira, nella sua critica serrata all'articolo 189 — « nella sua logica questo sistema è draconiano e brutale » —, a Gabba anche E. BIANCHI, *Le indagini di paternità. Proposta di riforma dell'articolo 189 del Codice civile italiano*, in *Archivio giuridico*, XXIV, 1880, (pp. 162-183) la citazione è a p. 165.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. I. VANNI, *I progressi della legislazione civile in Italia dopo la rivoluzione* (Discorso letto nella libera Università di Perugia nel giugno del 1878), ora in ID., *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Bologna, Zanichelli, 1906, (pp. 131-136) pp. 151 e ss..

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. F. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni*, Napoli, Jovene, 1875 (2. ed.), pp. 127 e ss..

⁽¹⁰²⁾ E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit., pp. 104 e ss..

⁽¹⁰³⁾ G. SALVIOLI, *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operate* (Discorso letto per la solenne inaugurazione degli studi nella R. Università di Palermo il giorno 9 novembre 1890), Palermo, tip. dello Statuto, 1890, pp. 27 e ss..

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibidem*, pp. 28 e 29. « Quando una donna è conquistata in seguito a promessa di matrimonio, che non si compie, deve poter esercitare un'azione di deflorazione, azione che si deve ripristinare nei Codici, se questi non vogliono essere Codici di classe ».

nell'ingiusto articolo 189 ⁽¹⁰⁵⁾. La giurisprudenza invece utilizza il sostrato ampio di argomentazioni, di figure retoriche, di istanze sociali e morali spesso diverse — come diversi erano i personaggi schierati contro « l'opera ingiusta del legislatore » — sottese alla critica al divieto per dare in qualche modo una 'sanzione' al seduttore ed un'ampia tutela alla donna abbandonata. A dare un manto di giuridicità a tali istanze si provvede ricorrendo al principio generale della responsabilità aquiliana.

Ma non è solo questa la letteratura che sta dietro alle sentenze. È sufficiente sfogliare le pagine di un testo tra i più richiamati in materia di danno da seduzione, quello di Ambrogio Jacobone ⁽¹⁰⁶⁾, per vedere come alla retorica solidaristica di Salvioli, alle preoccupazioni politiche di Vanni, a quelle morali di Gabba, si sostituissero — spesso, occorre dire, senza molte variazioni di contenuti — immagini da romanzo di appendice intersecate con approssimativi richiami giuridici. Nel libro di Jacobone si susseguono « donne

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. C. F. GABBA, *Nota* a Corte di Cassazione di Torino, 29 marzo 1881, cit., c. 629; in cui si riconosce però un merito a tale giurisprudenza 'illegale': « varrà almeno come autorevole protesta contro l'inumano divieto della ricerca della paternità, e a favore di una sostanziale modificazione dell'articolo 189 del Codice civile italiano, la cui soverchia ed incompontabile durezza ha spinto un così sapiente consesso ad eluderne, con sottile artificio di logica, la lettera e lo spirito ». In tal senso cfr. anche E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit., p. 115: « una giurisprudenza così solenne, malgrado il testo apertamente contrario della legge, ha un significato ben più alto; quello di correggere in certo modo, con una interpretazione razionale delle disposizioni positive vigenti, l'opera ingiusta del legislatore, ispirandosi alle condizioni e alle supreme necessità della vita; nonché di eccitarlo autorevolmente ad una salutare riforma, reclamata con tanta unanimità di suffragi dalla pubblica opinione. La verità reale trionfa della finzione legale, il diritto della legge ». Moderatamente a favore della risarcibilità del danno da seduzione è Carlo Fadda (*Il risarcimento dei danni alla donna sedotta*, in *La Legge*, XXXIII, 1893, pp. 604-610) che punta soprattutto a dimostrare come il dolo del seduttore renda il consenso della donna non più « libero e scevro di vizi »: solo in questa ipotesi, per Fadda, potrà esserci risarcimento; se invece la donna era realmente consenziente, non potrà mai configurarsi il risarcimento. Da respingere sono infatti le tesi di coloro che vorrebbero, anche contro lo stesso consenso della donna, custodire « inalienabilità della pudicizia femminile nel sistema del nostro diritto »: « Porre senz'altro la donna come incapace di custodire il proprio onore, farne un essere debole e da proteggere a priori è rinnegare la completa uguaglianza sancita dalle leggi moderne fra i due sessi per gli effetti civili » (p. 606).

⁽¹⁰⁶⁾ A. GIACOBONE, *I diritti della donna sedotta*, Varzi, De Grandi, 1890.

oneste» — le sole che meritino tutela in contrapposizione alle «perdute» —, ingenuie maestrine, sognanti domestiche « dallo sguardo melanconico, dall'incenso grave e modesto », naturalmente con « il padre cadente, la madre inferma, i fratelli, le sorelle in tenera età » (107). Pagine che si rifanno alla retorica di Paolo Mantegazza e, più spesso, ai cupi ritratti di vita giudiziaria di Lino Ferriani: magistrato, con un amore forse non ricambiato per Zola e la letteratura, autore di romanzi pedagogici per giovinette, nonché di scritti giuridici in cui invita i veristi a frequentare la 'scuola di vero' delle aule di tribunale e in cui, a mo' di esempio, si lancia in una prosa ipernaturalista di dubbio gusto e di pessima fattura sull'infanticidio (108).

Quanto più fosche divengono le tinte con cui si dipingono la seduzione e i mali morali e sociali che produce, tanto più crescono le certezze giuridiche di Giacobone: se la legislazione italiana e francese — scrive — mancano di norme particolari, come quelle presenti nel sistema austriaco (109), « il Codice civile italiano ha però l'articolo 1151... » che fornisce un rimedio generale contro le ingiustizie (110). Ed è attribuendo all'articolo 1151 una portata sempre più ampia, fondandosi in questo caso sull'« aureo libro » di Chironi (111), che si può superare l'ostacolo dell'articolo 189 e 'reprimere' ogni colpa del seduttore.

I residui argomenti contrari sono poi vinti con facilità: per negare il risarcimento alla sedotta, non si può richiamare il principio *consentienti non fit iniuria*, perché la seduzione vizia la libertà del

(107) *Ibidem*, p. 22.

(108) Cfr. L. FERRIANI, *La infanticida nel codice penale e nella vita sociale*, Milano, Dumolard, 1886. L'obiettivo del nostro sostituto procuratore del Re è quello di mostrare le « terribili infamie », le « ributtanti oscenità » che appaiono di fronte ai tribunali: « È qui dove il vero trionfa senza fronzoli rettorici ». Quanto alla 'rettorica' infatti si può pescare a caso nelle pagine di Ferriani. Qualche altro titolo può darci una vaga idea del Nostro: *Tra un processo e l'altro: l'amore in Tribunale: appunti penali*, Bologna, tip. Monti, 1889; *Madri snaturate. Studio psichico giuridico*, Milano, tip. Pirola, 1893; *Fanciulli abbandonati. Storie tristi*, Milano, Cagliati, 1895; *Mamma benedetta: romanzo per giovinette*, Rocca S. Casciano, Cappelli, 1913.

(109) Il riferimento va al § 1328 dell'ABGB dedicato esplicitamente alla seduzione.

(110) A. GIACOBONE, *I diritti della donna sedotta*, p. 28.

(111) *Ibidem*, p. 63.

consenso ⁽¹¹²⁾; né si può invocare la compensazione delle colpe, perché non si può dar compensazione tra il dolo del danneggiante e la colpa della danneggiata ⁽¹¹³⁾; né si può richiamare l'uguaglianza dei soggetti per rifiutare una protezione accordata alla donna in quanto soggetto debole, sia perché la tutela risarcitoria fa riferimento ad un danno subito in concreto, sia perché non si può considerare uguale il consenso di soggetti diversi ⁽¹¹⁴⁾. Argomentazioni che gli annotatori delle sentenze si dan premura di riportare minuziosamente, affidandosi più alle retoriche pagine di Giacobone o di Ferriani, che a quelle di Chironi, di Gabba o di Laurent ⁽¹¹⁵⁾.

Le sentenze sono redatte sullo stesso stile: respinta l'eccezione del divieto di ricerca di paternità, negata la possibilità di una compensazione delle colpe, si passa ad accordare, talvolta in forme

⁽¹¹²⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 35 e ss.; C. CASTORI, *Seduzione*, in *Il digesto italiano*, XXI, 2, 1891-1896, (pp. 174-226), p. 203; M. AVERARA, *Seduzione*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, XV, 2, 1915, (pp. 17-43), pp. 23 e ss.. Né si può richiamare la maggiore età della donna: « La maggiore età è una circostanza da porre a calcolo nell'indagine di fatto, ma non vale di per sé a chiudere l'ingresso all'azione. Non vi ha dubbio che la donna maggiore debba avere gelosa cura del proprio pudore. Ma se ella è soggiogata da subdole ed ingannevoli speranze, il danno che ne deriva, per quanto vi concorra la propria colpa, attenuata per altro dalla umana fragilità, ha la causa vera ed efficiente nel fatto delittuoso del seduttore » (Così Corte di Cassazione di Roma, 6 marzo 1893, in *La Legge*, XXXIII, 1893, pp. 580-581).

⁽¹¹³⁾ Cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa aquiliana*, 1. ed., vol. II, pp. 396 e 397; T. MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, cit., pp. 61 e ss.; e A. GIACOBONE, *I diritti della donna sedotta*, cit., pp. 67 e ss. che non manca di aggiungere suoi ulteriori chiarimenti 'giuridici' sulla questione: se anche la sedotta è in colpa, una parità di colpa col seduttore non esisterà mai « perché la donna è normalmente passiva nella scelta sessuale » e « perché nella donna più forte è il sentimento naturale del pudore e più forti sono altri ritegni di indole sociale, onde maggiori e più forti le resistenze, le quali non si vincono quindi da parte dell'uomo senza l'impiego di mezzi maggiori e prevalenti, che costituiscono pertanto colpa maggiore e prevalente » (p. 68).

⁽¹¹⁴⁾ Nel primo senso cfr. C. CASTORI, *Seduzione*, cit., p. 204; nel secondo senso ci si rifà soprattutto all'autorità di Gabba, sebbene, come sappiamo, questi fosse contrario all'indirizzo giurisprudenziale in questione: cfr. A. GIACOBONE, *I diritti della donna sedotta*, cit., pp. 219 e ss.; M. AVERARA, *Seduzione*, cit., pp. 23 e ss. e C. F. GABBA, *La dichiarazione della paternità e l'articolo 189 del Codice civile italiano*, cit., pp. 230 e ss..

⁽¹¹⁵⁾ Cfr., ad esempio, A. CAUTELA, *Nota* a Corte d'Appello di Trani, 19 maggio 1893, in *Giurisprudenza italiana*, 1893, I, 2, cc. 348-363; e L. GATTI, *La seduzione della donna maggiorenne nella patria legge*, nota a Corte di Cassazione di Napoli, 6 febbraio 1905, in *Giurisprudenza italiana*, 1905, I, 1, cc. 530-555.

estremamente ampie, il risarcimento alla 'povera sedotta' in base all'articolo 1151 ⁽¹¹⁶⁾. La dottrina più accorta riteneva tale giurisprudenza fondata su un pensiero « illegale, ma profondamente umano » e la additava come « norma d'esempio al legislatore » ⁽¹¹⁷⁾; molti giudici non nascondevano invece di preferire in questo settore un ruolo, più che di supplenza, di sostituzione al legislatore: lì dove anche la dottrina più ardita si arresta presa da rimorsi legalistici, il 'pratico' infatti rivendica la costruzione di un 'sistema' fondato sull'estensione di un solo principio giusto ed equo, applicabile senza limiti. Le decisioni da tutti ritenute 'giuste', 'moralì', 'eque', 'caritatevoli' date utilizzando l'articolo 1151 ai casi di seduzione sono, d'altra parte, lì a mostrare al pratico l'inutilità di un intervento legislativo e la correttezza, se non dogmatica certo empirica, del metodo seguito.

Il Presidente del tribunale di Roma non sa nascondere, scrivendo nel 1905 sulle colonne de *La giurisprudenza italiana*, il suo

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. Corte d'Appello di Bologna, 18 dicembre 1885, (con Nota di A. MANARESI), in *Il Foro italiano*, 1885, I, cc. 34 e ss.; ove il linguaggio dei giudici si confonde con quello della menzionata letteratura: « ...quando si ha da una parte un uomo che si fa innanzi colle arti e le lusinghe della seduzione, e dall'altro una donna che al laccio di quelle arti e di quelle lusinghe, o troppo debole o troppo inesperta o troppo credula, riman presa; quando, per sovrappiù, quell'uomo ha per sé l'autorità di padrone e quella donna l'umile soggezione di servente; quando a questa donna, per finire di vincere la naturale ritrosia, si fa balenare allo sguardo la ridente prospettiva di una legittima unione, la quale purifichi gli anticipati piaceri del talamo (...); in tal caso le condizioni rispettive delle parti non son più pari. Vi ha una colpa che prevale alla colpa. Si potrebbe quasi dire che vi fu di mezzo una violenza morale che si impose alla donna. Parlar qui di piena e perfetta libertà del consenso da parte sua sarebbe un assurdo. Donde un colpevole e una vittima. Donde un fatto illecito ed un danno. Donde, per conseguenza ancora, l'obbligo di risarcire questo danno » (c. 35). Cfr. ancora, sullo stesso stile, Corte di Cassazione di Roma, 6 marzo 1893, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1, cc. 435 e ss.; Corte d'Appello di Trani, 19 maggio 1893, cit.; Corte di Cassazione di Palermo, 1 aprile 1909, in *Giurisprudenza italiana*, 1909, I, 1, cc. 865 e ss.; Corte d'Appello di Macerata, 12 gennaio 1911, in *Giurisprudenza italiana*, 1911, I, 2, cc. 80 e ss.; Corte d'Appello di Venezia, 18 aprile 1911, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, cc. 563 e ss.. Per l'indirizzo contrario cfr. soprattutto Corte di Cassazione di Palermo, 27 luglio 1889, in *Il Foro italiano*, 1890, I, cc. 304 e ss.; una sentenza criticatissima: « vorremmo — non esita ad affermare Cesareo Consolo — che sparisse dagli annali della patria giurisprudenza » (*Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., p. 261).

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. sopra nota 105.

« piacere grandissimo » per la mancata approvazione del progetto di Emanuele Gianturco sulla ricerca di paternità: « non sarebbe savio né giusto — afferma con tono oracolare — porre dei *limiti* (per quanto *creduti salutarì*) all'esercizio di un *diritto*, come non sarebbe moderno, savio, né giusto l'intralcicare la strada di chi il diritto deve applicare. Non vi preoccupate del modo con cui la magistratura concede, o meno, il riandato diritto, quando siete sicuri che ciò viene fatto alla stregua della legge, non prevenite e non inceppate mai le *ponderate* considerazioni e decisioni dei giudici » (118). E naturalmente l'operare 'alla stregua della legge' è garantito dal semplice richiamo assorbente al principio generale della responsabilità aquiliana.

Per molti aspetti in questo settore la giurisprudenza porta a compimento — tra l'ostilità dei 'dottori' — la tendenza della dottrina civilistica tardo ottocentesca a sostituire il legislatore: l'estensione, l'elasticizzazione dei principi di diritto comune codificati trovano qui piena applicazione anche contro lo stesso dettato di una norma particolare. Certo, nella pratica i termini sono spesso più grossolani, la violazione del legalismo più appariscente, ma i meccanismi che ispirano la 'sostituzione' sono sostanzialmente simili.

Il campo della seduzione offre alla giurisprudenza il vantaggio indiscusso di un consenso generalizzato sulla giustizia, sulla umanità, della tutela accordata; offre inoltre ai giudici la possibilità di permanere entro l'orbita, se non della legge, del principio tradizionale della responsabilità per colpa: per gli operatori pratici l'abbandono della legalità era, da questo punto di vista, più facilmente raggiungibile della messa in discussione delle certezze acquisite nella costruzione dell'istituto. Era, in fondo, la strada indicata dalla dottrina; ma è proprio la dottrina a ritrarsi impaurita di fronte a tanta libertà del giudice.

(118) L. GATTI, *La seduzione della donna maggiorenne nella patria legge*, cit., c. 546. Il progetto Gianturco « Sulla condizione giuridica dei figli naturali e delle donne sedotte » presentato il 21 aprile 1891 (*Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, leg. XVII (unica), Doc. n. 293), letto e preso in considerazione nella tornata del 21 gennaio 1892, può essere letto anche in *Giurisprudenza Italiana*, 1892, IV, cc. 48 e ss. e in E. GIANTURCO, *Opere giuridiche*, vol. I, *Monografie e corso universitario sui diritti reali*, Roma, La libreria dello Stato, 1947, pp. 200 e ss.. Sempre di Emanuele Gianturco si legga sull'argomento *Le indagini sulla paternità*, in *ibidem*, pp. 204.

6. « *Diritto positivo* » e « *scienza del diritto civile razionale* ».

« Per me la giurisprudenza italiana ha troppo osato, ed ha errato (...). Io ho però anche detto più volte doversi saper grado alla giurisprudenza italiana per quei suoi responsi » (119). Il giudizio questa volta è di Carlo Francesco Gabba, e pare di riascoltare a distanza di qualche anno Orlando: una giurisprudenza che sbaglia e che spesso è palesemente illegale, sta lentamente trasformando la responsabilità civile, spingendosi in nome della giustizia e dell'equità non solo a colmare le lacune, ma anche ad ignorare norme particolari e ad aggirare la legge. È dunque una giurisprudenza teoricamente approssimativa — più disposta a usare grossolanamente principi generali, espressione di 'naturale giustizia', che sofisticati riferimenti a un sistema giuridico — che sta trasformando il volto della responsabilità aquiliana: la dottrina ne prende atto e riconosce il coraggio dei giudici, ma non sa trattenersi dal notare il contrasto con la lettera della legge: l'affermazione delle nuove consapevolezze giuridiche e sociali ottenuta invadendo il campo del legislatore.

Abbiamo più volte richiamato — con la contrapposizione tra leggi speciali e sistema — l'antagonismo tra scienza giuridica e legislatore; in queste ultime pagine abbiamo visto la dottrina 'frenare' la giurisprudenza, manifestare la sua estrema diffidenza nei confronti del giudice: diffidenza il più delle volte incomprensibile nel settore della responsabilità civile e nelle costruzioni di chi si affidava a principi giuridici elastici cui solo il prudente 'arbitrio' del giudice avrebbe potuto dare un contenuto in relazione alla varietà dei fatti.

Le posizioni di Carlo Francesco Gabba sono, da questo punto di vista, emblematiche: puntuale ed instancabile annotatore di sentenze, Gabba è, come sappiamo, dapprima portavoce di una responsabilità 'allargata' alle nuove situazioni, propone un diritto privato capace di seguire tutti gli aspetti patrimoniali anche oltre i confini del Codice, invita gli interpreti ad una utilizzazione ampia dell'articolo 3 delle preleggi, come strumento per la scoperta e l'applica-

(119) C. F. GABBA, *Contributo alla teoria del danno e del risarcimento in materia di danno incolpevole*, Nota a Corte d'Appello di Bologna, 31 dicembre 1898, in *Giurisprudenza Italiana*, 1899, I, 2, (cc. 738-756) c. 749.

zione di un diritto civile razionale in grado di operare oltre la sfera di azione del Codice, in zone prima impensabili. Ma è lo stesso Gabba il giurista che più volte abbiamo visto schierato a contrastare le applicazioni giurisprudenziali della responsabilità per danno morale e quelle della risarcibilità del danno da seduzione, a richiamare la giurisprudenza alla retta applicazione di una legge sia pure ingiusta. Da una parte quindi una libertà interpretativa estrema per la dottrina, dall'altra un richiamo al legalismo che frustra ogni tentativo giurisprudenziale di disinvoltata utilizzazione degli articoli 1151 e seguenti come principio generale.

In un suo ampio intervento del 1899 — comparso come al solito nella forma di nota a sentenza sulle pagine di *Giurisprudenza italiana* — Gabba ci fornisce, proprio sul tema della responsabilità, una sintesi di tali sue convinzioni e ci dà occasione di soffermarci, seguendolo, su quel fitto intreccio di relazioni tra giudice, scienza giuridica e legislatore a cui, spesso inevitabilmente, finiva per confluire il nostro discorso sulle applicazioni giurisprudenziali dei principi della responsabilità.

Può un albergatore, nel cui albergo morì una persona di malattia infettiva, richiedere in base alla responsabilità aquiliana il rimborso delle spese necessarie a disinfestare il locale, il lucro perduto durante i lavori e il danno indiretto per la sviata clientela? La riflessione di Gabba prende spunto da questo interrogativo cui la giurisprudenza aveva risposto ammettendo talvolta la responsabilità del malato contagioso anche nel caso in cui avesse causato il danno senza dolo né colpa, ma arrestandosi a conferire il risarcimento per il solo danno diretto, ed escludendo quello indiretto della sviata clientela⁽¹²⁰⁾. La questione teorica rilevante è quella della possibilità di un riconoscimento nel diritto positivo di una responsabilità senza dolo né colpa.

Gabba osserva le innovazioni apportate dalla giurisprudenza a tale caso che, sia secondo il diritto romano, sia secondo la tradizione civilistica, non avrebbe dovuto prescindere dalla colpa: sentenze raggiunte « senza preparazione scientifica alcuna », risoluzioni empiriche di scarso rilievo teorico, incapaci di « dischiudere, come si

⁽¹²⁰⁾ Cfr. C. F. GABBA, *Contributo alla teoria del danno e del risarcimento in materia di danno incolpevole*, cit., cc. 738 e ss..

suol dire, nuovi orizzonti dottrinali », ma certo non per questo meno eterodosse e coraggiose ⁽¹²¹⁾. Si torna a guardare all'operato dei giudici in un misto di ammirazione e riprovazione: la giurisprudenza « ha osato (...) ha sentito vagamente il bisogno di allargare le vecchie idee intorno al danno e al risarcimento; qualcosa è penetrato anche in lei di ciò che si agita nella scienza contemporanea, qualcosa ha voluto anch'essa concedere a questa facendo forza alla lettera del Codice civile » ⁽¹²²⁾; ma la giurisprudenza ha osato « determinata piuttosto da un preconcetto, che da un accurato studio della questione in relazione ai canoni positivi del nostro diritto civile. Dal preconcetto cioè che ripugni alla giustizia e all'equità, ai 'principi generali del diritto', il lasciare a carico del locandiere il danno in questione; questo preconcetto, questa ripugnanza del senso comune e del senso morale, furono veramente il principale argomento addotto... » ⁽¹²³⁾.

Si badi bene: siamo di fronte per Gabba a un « preconcetto giusto » e ad una « ripugnanza ragionevole » che possono assumersi a guida solo « se (...) il pensiero del giurista si affissi nei principi generali, anzi generalissimi, del diritto, astrazione facendo dal positivo disposto delle leggi vigenti » ⁽¹²⁴⁾. Ma a questo compito non sono certo chiamati i giudici: essi non possono e non devono sostituire la legge, né eluderla, né usare i principi generali — 'generalissimi' — del diritto in opposizione al suo dettato. Se è vero che nel sistema del Codice esistono casi di danni incolpevoli ⁽¹²⁵⁾, è da « escludere in modo assoluto » che la giurisprudenza possa « per mere ragioni di equità e di utilità sociale » aggiungerne altri; se è vero « che l'articolo 3 del Codice civile [disp. prel.] autorizza il giureconsulto a risalire ai principi generali del diritto », non bisogna dimenticare che « di codesta facoltà non è certamente lecito far uso

⁽¹²¹⁾ *Ibidem*, c. 738.

⁽¹²²⁾ *Ibidem*, c. 738. Sull'argomento cfr., G. BIANCHINI, *Il problema della responsabilità civile*, in *Monitore dei tribunali*, serie II, vol. III, 9 (3 marzo 1900), pp. 161 e ss..

⁽¹²³⁾ C. F. GABBA, *Contributo alla teoria del danno e del risarcimento in materia di danno incolpevole*, cit., c. 741.

⁽¹²⁴⁾ *Ibidem*, c. 741.

⁽¹²⁵⁾ Il riferimento va naturalmente agli articoli 1154, 1155 e all'articolo 1153 per l'ipotesi dei padroni e dei committenti.

in contrasto ad un espresso canone di legge, fuorché al legislatore medesimo » (126).

Diverso, certo, è il discorso, se si passa dal « diritto positivo » alla « scienza del diritto civile razionale », se ci si sposta dal piano *de jure condito* a quella *de jure condendo*. In questo settore però è « la scienza » che mira a ricondurre le sparse 'eccezioni' legislative entro un ordine, entro « un sistema presieduto e sostenuto da un canone generale » (127); è la scienza che si sforza « di dare all'obbligo del risarcimento tutta quella estensione che l'equità e l'utilità sociale suggeriscono ed esigono », di « sintetizzare e formulare la nuova dottrina » (128) da offrire al legislatore.

La soluzione non sta quindi nel diritto positivo, ma va ricercata dalla scienza, soprattutto in una prospettiva *de jure condendo*. Pur volendo tracciare una linea rigorosissima, la scienza non può però non riconoscere che in materia di danni in generale, e specie per quelli arrecati ad altri 'dalla persona', esiste una varietà di casi imprevedibile, che è difficile sintetizzare in una formula che precinda da riferimenti alla « equità », alle « esigenze della sociale convivenza »: « ...quando è impossibile al legislatore stesso caratterizzare le specie dei fatti, perché la varietà di questi è infinita, è pure a reputarsi regola giuridica, benché *regola eccezionale*, che il legislatore lasci al giudice una più ampia libertà di concreto apprezzamento »; una « eccezionale libertà d'apprezzamento lasciata al giudice » che ben può essere scorta, aggiunge, già nell'attuale sistema (129). La prospettiva, anche nella proposta della scienza, quindi non cambia; anzi, il richiamo all'equità — sulla scia del § 1310 dell'ABGB — svolge un ruolo rilevantissimo secondo il disegno del Nostro « nel campo della scienza », « come desiderabile e probabile evoluzione del diritto vigente » (130).

Il dualismo non è certo risolto e non è eliminato neppure in prospettiva; anzi, il richiamo al ruolo equitativo del giudice —

(126) C. F. GABBA, *Contributo alla teoria del danno e del risarcimento in materia di danno incolpevole*, cit., c. 748.

(127) *Ibidem*, c. 749.

(128) *Ivi*.

(129) *Ibidem*, c. 754.

(130) *Ibidem*, c. 756.

nell'impossibilità, non tanto del legislatore, quanto della scienza, di fissare una regola giusta per tutti i casi — è notevolmente accresciuta. Non si comprende però a questo punto la decisa condanna antecedente nei confronti di una giurisprudenza che, sia pure approssimativamente, proprio tale ruolo intendeva svolgere: perché compiere un così lungo percorso, attraverso la « scienza razionale » e la successiva 'recezione' del legislatore, per giungere ad un 'nuovo' diritto positivo che si rivela uguale alla stessa normativa antecedente così come arditamente, o erroneamente, era interpretata dai giudici condannati da Gabba? ⁽¹³¹⁾ Perché non incentivare allora il 'coraggio' della giurisprudenza? Perché ostinarsi in una insipida lettura delle sentenze fatte di « rimproveri e lodi » ⁽¹³²⁾?

A riemergere è, in realtà, un atteggiamento antigiusprudenziale della dottrina che è sorretto dallo stesso timore che caratterizzava la sua 'lotta' contro il legislatore. La soluzione 'equa', data caso per caso, non fa saltare solo la legalità, ma fa saltare il sistema, le armonie ricostruttive di una dottrina che è, sì, palesemente incerta e confusa in materia aquiliana, ma che sta andando in cerca di un 'canone generale', di un 'principio generale', di una nuova armonia teorica in cui inserire le accresciute eccezioni ai vecchi principi regolatori. Cedere al diritto dei giudici sarebbe rinunciare a far scienza, arrendersi ad una casualità delle regole di giustizia, all'ignoto, all'arbitrario. La dottrina si arrestava sull'orlo del burrone per paura del salto: non riusciva ad abbandonare 'per amore dell'umanità' il suo sistema teorico, non rinunciava alla sua scienza anche quando questa si mostrava impossibile.

In tale incertezza non si può certo collocare tutta la dottrina di fine secolo, ma indubbiamente il rapporto con la giurisprudenza appare come il nodo teorico da sciogliere in tema di responsabilità prima e dopo la scelta del sistema. Non è un caso che due anni prima dello scritto di Gabba, nel 1897, in « une brochure qui fit sensa-

⁽¹³¹⁾ *Ivi.*

⁽¹³²⁾ Così G. BIANCHINI, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 163: « Rimproveri e lodi che veramente non sappiamo come conciliare »; « Se crede fermamente il Gabba che tutto il problema della responsabilità extracontrattuale in diritto positivo si riduca alla schematica formula di una regola stabilita dagli art. 1151 e 1152 con poche e tassative eccezioni, non vi è ripiego che valga, il giudice che ha sconfinato dalla legge ha giudicato male, né per qualsiasi grado può meritare lode... ».

tion » (133), Raymond Saleilles giungesse proponendo una interpretazione innovativa degli articoli 1382 e seguenti nel diritto positivo e non una 'desiderabile evoluzione' a ripensare criticamente l'atteggiamento della dottrina civilistica nei confronti della giurisprudenza.

Salleis muove dal commento di una famosa, e per molto tempo isolata, pronuncia della Cassazione del 16 giugno 1896 in cui era stata riconosciuta una responsabilità oggettiva dell'imprenditore (in base al primo comma dell'articolo 1384) per lo scoppio di una macchina a vapore. Una decisione che, in una prospettiva di imputabilità soggettiva, venne giudicata da Planiol « monstrueux » (134) e che Saleilles invece indicava come il segno del nuovo ed unitario sistema della responsabilità, da scorgere anche contro le intenzioni del legislatore nel dettato codicistico. La nuova strada è indicata alla dottrina dalla giurisprudenza: « C'est de la jurisprudence avant tout qu'il nous faut attendre l'évolution du progrès juridique » (135). Una evoluzione che a Saleilles appare inevitabile: la giurisprudenza attraverso la colpa sanziona oramai l'idea oggettiva del rischio, tende verso « une faute qui s'objective en quelque sorte, qui s'incarne dans un fait extérieur sans rapport direct et immédiat avec l'accident survenu » (136). E la dottrina non può che utilizzare questi segni per una nuova ricostruzione globale ed oggettiva della responsabilità.

A temperare il nuovo sistema oggettivo, ad impedire che esso si trasformi in strumento di ingiustizia attraverso la rigidità della corrispondenza tra danno causato e danno risarcibile si invoca ancora il prudente apprezzamento giudiziale sulla misura del risarcimento. L'idea della riparazione integrale del danno è stata colle-

(133) Così P. BETTREMIEUX, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, cit., p. 19.

(134) Cfr. in *ibidem*, p. 33 e ss.; e M. PLANIOL, *Études sur la responsabilité civile*, I, *Du fondement de la responsabilité*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXXIV, 1905, pp. 277-292; II, *Responsabilité du fait des choses*, in *ibidem*, XXXV, 1906, pp. 80-99; III, *Responsabilité du fait d'autrui*, in *ibidem*, XXXVIII, 1909, pp. 282-301.

La sentenza del 16 giugno 1896 può essere letta in *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine* [Dalloz], 1897, I, pp. 433-440, con una lunga annotazione di Saleilles costituente il primo abbozzo del suo saggio del 1897 in tema di infortuni.

(135) R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Paris, A. Rousseau, 1897, p. 1.

(136) *Ibidem*, pp. 9-10.

gata all'esistenza della colpa in maniera troppo meccanica e semplicistica; si è negata la graduazione del risarcimento per un eccessivo timore nei confronti della ineliminabile discrezionalità del giudice. Il risarcimento, per la nuova responsabilità oggettiva che l'interprete scorge nel Codice, non può invece che essere temperato dall'apprezzamento del giudice che potrà spingersi a 'graduarlo' avendo presenti anche gli aspetti di tipo soggettivo ⁽¹³⁷⁾.

Il sistema oggettivo in tal modo abbandona la rigidità di una visione, come quella di Venezian, che al principio della causalità aveva aggiunto quello del risarcimento integrale del danno: il rigore dei principi della responsabilità si tempera in nome dell'equità e della giustizia; la dottrina può ancora far sopravvivere il suo sistema, ma finisce col ricadere inevitabilmente tra le braccia del giudice. La prospettiva di Saleilles appare però più consapevole di quella di Gabba; il giurista francese è convinto della velleità di una negazione assoluta, in principio, del ruolo centrale del giudice in materia di responsabilità. Per rendersene conto è sufficiente guardarsi attorno e guardare al passato: « *Pouvoir arbitraire du juge, a-t-on dit, supprimons tout cela!* » Et en effet on l'a supprimé, mais l'arbitraire subsiste, parce qu'il ne peut pas subsister » ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. in *ibidem*, pp. 26 e ss.. Cfr. P. BETTREMIEUX, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, cit., pp. 36 e ss..

⁽¹³⁸⁾ R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, cit., p. 39: « *Par peur de l'arbitraire nous supprimons l'équité* ».

CAPITOLO NONO

VERSO IL NUOVO SECOLO: LINEE DI TENDENZA

1. Dalla «subordinazione» alla «coordinazione»: la propulsione di Nicola Coviello. — 2. «Un sistema parallelo di responsabilità»: i contributi del giovane Barassi. — 3. Il «Delitto civile» di Brunetti. — 4. Elasticità del modello e tendenze centrifughe. - 4.1. Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana. - 4.2. Il «giusto mezzo»: ancora sulla *culpa levissima*.

1. *Dalla «subordinazione» alla «coordinazione»: la propulsione di Nicola Coviello.*

La spiegazione onnicomprensiva e armonica di tutte le ipotesi e l'osservazione dell'istituto da un solo angolo visuale esercita sui giuristi di fine Ottocento ancora un fascino indubbio: è la verifica empirica della capacità di espansione del sistema, la prova della possibilità di poter raggiungere, sviluppando il solo assunto base prescelto, ogni aspetto della realtà. La ricerca di un principio e di un fondamento unico di responsabilità è, in fondo, il motivo dominante della dottrina civilistica ottocentesca; una assolutezza ricercata sia dai fautori della responsabilità per colpa, sia da coloro che, puntando sulle 'eccezioni' stabilite dal Codice rispetto a tale principio, oppure sugli spunti 'oggettivistici' presenti nelle ricostruzioni della giurisprudenza formalmente fondate sull'imputabilità soggettiva, richiedono — e talvolta ritengono già vigente — un sistema armonico di responsabilità oggettiva.

La dottrina degli ultimi anni del secolo e degli inizi del Novecento non sa sottrarsi a tale vocazione 'assolutistica', ma si affaccia in qualche scritto la ricerca di una 'relativizzazione' dei principi, si intravede la necessità di un passaggio da una spiegazione unitaria, ma necessariamente incompleta e parziale, di tutta la responsabilità alla accettazione di una pluralità di fondamenti 'paralleli' che, pur se

contrastanti tra loro, non per questo sono 'non veri'. È l'avvio della non facile ricerca di un equilibrio nei principi non più fondato sullo scontro di assoluti, ma sulla pluralità e sulla instabilità, sulla continua provvisorietà della raggiunta 'armonia' teorica; ma è, nello stesso tempo, il segno della vittoria della logica della frammentazione del diritto comune civilistico imposta dalle risposte 'particolari' date dal legislatore e sempre più anche dalla stessa dottrina.

Nel clima di fine secolo si concentra lo studio sulle 'eccezioni' al principio della responsabilità per colpa in due direzioni: come ricerca, soprattutto *de jure condendo*, di un più ampio (o più ampi) principio (o principi) di responsabilità; come analisi di diritto positivo volta a dimostrare che la pluralità dei criteri di imputazione per la responsabilità è già presente nel Codice e non è solo confinata al rango di mera eccezione subordinata al principio fondamentale. Si tratta di linee di tendenza destinate a non breve fortuna nel corso del Novecento. In queste pagine osserveremo, come espressione della prima linea, una prolusione di Nicola Coviello e, come espressione della seconda, alcuni saggi del giovanissimo Ludovico Barassi.

La Prolusione al corso di diritto civile tenuta nel 1897 nell'Università di Catania dal trentenne Nicola Coviello ⁽¹⁾ è tanto radicale nella denuncia, quanto sterile nelle applicazioni pratiche. La critica, condotta con il contributo soprattutto della letteratura di lingua tedesca da Mataja a Unger ⁽²⁾, al principio 'nessuna responsabilità senza colpa' non conduce verso un'interpretazione innovativa del testo del Codice, come proponeva già negli anni Ottanta Venezian o, nello stesso anno 1897, Saleilles in Francia, ma solo verso la richiesta di una modificazione del dettato della legge. Il maggior torto di autori come Venezian e Cavagnari sta proprio, a dire di Coviello,

(1) Cfr. N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa (Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Catania)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXIII, 1897, (pp. 188-216). Su Coviello — Tolve (Potenza) 1867; Napoli 1913 — cfr. L. MARTONE, *Coviello, Nicola*, in *Dizionario biografico degli italiani*, XXX, Roma, 1984, pp. 526 e ss..

(2) Cfr. V. MATAJA, *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der National-ökonomie*, Leipzig, 1888; J. UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr, ein Beitrag zur Lehre vom Schadensersatz*, cit..

nell'aver ritenuto la teoria oggettiva « non contraria ai principi del Codice civile » (3).

A differenziare la proposta di Coviello da quella di questi autori c'è soprattutto però un altro aspetto: il giurista lucano è immune dal fascino di Ferri e della scuola positiva e giunge alla 'responsabilità senza colpa' proprio attraverso un'analisi delle diversità tra pena e risarcimento. Il principio 'nessuna responsabilità senza colpa', sostiene, si è affermato soprattutto facendo leva su di una confusione: fondare l'obbligo del risarcimento del danno esclusivamente sulla colpa fu una conseguenza dell'erronea configurazione di quest'obbligo come una pena (4). E non è certo assimilando il risarcimento e la pena intesa nel senso degli autori della scuola positiva che si potrà correttamente giungere a prescindere dalla visione assoluta dell'imputabilità per colpa o a cogliere la vera natura del risarcimento; una natura che è di « indole del tutto patrimoniale » e non può quindi in alcun modo comprendersi guardando alla pena (5).

Se l'obbligo dell'indennizzo è di indole patrimoniale, il suo fondamento sarà da considerare assieme al « fondamento comune di tutte le obbligazioni patrimoniali », nella « causa suprema delle obbligazioni » (6), in qualcosa di « superiore alla volontà, una forza che la domini e l'assoggetti »: il principio è quello di *neminem laedere*, un principio di 'diritto razionale', di 'diritto naturale', che esige « rispetto assoluto » (7); un principio rispetto a cui l'esclusiva imputabilità dei danni arrecati per colpa è una limitazione arbitraria.

Porre tale principio non significa sacrificare la colpa: la proposta conclusiva di Coviello si indirizza, con Unger, verso un sistema ibrido, compromissorio volto a conservare, per la sua « importanza pedagogico educativa » (8), la responsabilità per colpa, ponendole

(3) N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 203.

(4) Cfr. N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., pp. 191 e 193. Contro la deduzione della responsabilità senza colpa che Coviello riconduce a questa distinzione cfr. M. RICCA-BARBERIS, *La responsabilità senza colpa come principio di diritto positivo e di diritto condendo*, cit., pp. 102 e ss..

(5) N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 196.

(6) *Ivi*.

(7) *Ibidem*, p. 197.

(8) *Ibidem*, p. 205: « ...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 ».

« accanto » il principio della 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 »⁽⁹⁾. Quando si eccedono i limiti del diritto vi sarà un atto illecito e si applicherà la responsabilità per colpa; quando si esercita invece un diritto che implica un sacrificio altrui e si procurano danni che « sebbene prevedibili non sono evitabili », quando si è in presenza cioè di « una collisione o di un conflitto tra i vari diritti », si dovrà rispondere anche senza colpa⁽¹⁰⁾. Il secondo principio corrisponde ad un fondamento autonomo della responsabilità, quello per cui « chi esercita un diritto o un'attività lecita deve sopportarne le conseguenze dannose che ricadono sul patrimonio altrui »; quello per cui chi agisce nel proprio interesse agisce a proprio rischio⁽¹¹⁾. La critica si spinge, in questo secondo settore, nei confronti di quel « brocardo che si fa passare per principio giuridico, anzi articolo di fede », ed altro non è che una cappa soffocante del « senso morale e di giustizia », « informato al rigido individualismo romano e quindi ingiusto »: *qui iure utitur neminem laedit*⁽¹²⁾.

La ricomposizione di un quadro unitario può aversi solo mediante tale compromesso: « valicare gli angusti confini della colpa »⁽¹³⁾ vuol dire risolvere, grazie alla teoria dell'interesse e del rischio, la questione degli infortuni sul lavoro⁽¹⁴⁾; quella della responsabilità della pubblica amministrazione⁽¹⁵⁾; quella delle « strade ferrate »⁽¹⁶⁾. Col riferimento al rischio ed agli interessi il

(9) N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 206.

(10) *Ibidem*, pp. 206 e 209.

(11) *Ibidem*, p. 206.

(12) *Ibidem*, p. 207.

(13) *Ibidem*, p. 212.

(14) Cfr. *ibidem*, pp. 211 e ss..

(15) *Ibidem*, p. 214: « Accolta la teoria da noi propugnata tutto riuscirebbe semplice e piano: se gli atti della pubblica amministrazione, quand'anche leciti, sono nell'interesse comune, se l'attività dello Stato è utile all'intera società, non può parer giusto che il danno che ne proviene sia risentito dal solo privato: l'intera società che delle varie e molteplici attività dello Stato si giova, sopporti i danni che anche senza colpa d'alcuno ne derivano all'individuo singolo. Lo Stato dunque risarcisca i danni che sono connessi all'esercizio del suo potere ».

(16) N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 214.

giurista può tornare a 'dominare' tutta la realtà; ma il compromesso esprime un'unità giuridica solo fittizia: lo stesso Coviello intravede le implicazioni laceranti presenti nella teoria che ha affiancato a quella tradizionale. Non si tratta solo di un modello parallelo di responsabilità, ma di una rivoluzione nel concetto stesso di responsabilità; la teoria del rischio capovolge le convinzioni che avevano retto l'istituto per tutto il corso dell'Ottocento. I soggetti 'forti' inevitabilmente colpiti dalla responsabilità potranno, ad esempio, neutralizzarla, farla scomparire: l'industriale finirà per riversare il rischio sul consumatore attraverso l'aumento del prezzo, lo Stato lo tradurrà in « nuovi balzelli », le società ferroviarie in un aumento del costo del biglietto e della tariffa. Coviello non si arresta però di fronte a questa vanificazione dell'etica ottocentesca della responsabilità: le pur estreme conseguenze della teoria — scrive — non fanno che mostrarne i pregi, non i difetti; la nuova forma di responsabilità mira infatti consapevolmente alla « ripartizione del danno »: « perché il danno che gravando su uno solo distruggerebbe il patrimonio più vistoso, ripartito su molti che corrono rischio uguale, addiventa quasi impercettibile, e si evita così lo squilibrio delle fortune private » (17); si può dar così luogo a una soluzione che è imposta dai « postulati dell'economia », dalla « legge di carità o amore universale, o, se vi piace meglio, di solidarietà umana » (18).

Il discorso sulla responsabilità, quindi, si scinde: per un verso, per tutti i comportamenti *non jure* rimane fermo all'irrinunciabilità della configurazione dell'atto illecito mediante la sola categoria della colpa; per altro verso, per i danni arrecati nell'esercizio di un diritto, ricorre alla teoria del rischio e dell'interesse in prima istanza, per riportare poi genericamente la 'responsabilità' su *tutti*. In questa seconda linea si abbandona la valutazione, che aveva caratterizzato tutta la dottrina ottocentesca, della scelta della direzione dello sforzo dei singoli — e senza scelta non ci sono né 'meriti' né colpe —, si rinuncia a giudicare eticamente la responsabilità e si accetta di amministrare giuridicamente gli eventi della natura prodottisi come in un incomprensibile giuoco del caso. La neutralità delle conseguenze, la ripartizione tra *tutti* del danno, si accompagna come

(17) *Ibidem*, p. 215.

(18) *Ivi*.

scelta successiva alla caduta della valutazione etica, scelta ritenuta indispensabile per ripartire danni non evitabili, espressione sì dell'interesse di alcuni, ma sempre più neutrali.

L'invocazione finale del criterio di giustizia distributiva, della carità, della solidarietà, si sovrappone a quello dell'interesse e lo vanifica: non più di interesse dell'imprenditore, dei suoi rischi legati al profitto si parla, ma di interesse generico di tutti gli acquirenti del bene prodotto, di tutti i cittadini e così via. La responsabilità si trasforma da strumento di equilibrio delle scelte dei singoli in semplice costo aggiuntivo del valore di un bene. Certo, si intravede, volendo, una responsabilità civile utilizzabile quale mezzo di politica legislativa per una diversa ripartizione 'pubblicistica' delle risorse, si intravedono nuovi confini del diritto civile; ma si delinea soprattutto una responsabilità sempre più evanescente che, ripartendosi tra tutti, diventa, come il peso del risarcimento, « impercettibile », sempre più impercettibile sino a ridursi in briciole e dissolversi.

2. *« Un sistema parallelo di responsabilità »: i contributi del giovane Barassi.*

L'analisi delle eccezioni o, come spesso si affermava, delle 'anomalie' e degli 'errori', presenti nel sistema della colpa è presente, come sappiamo, in tutto il corso ottocentesco degli studi sulla responsabilità: tollerate come fastidiose casistiche particolari da ridurre al principio generale anche a costo di finzioni e sofismi, tali regole non avevano mai ricevuto una attenzione realmente autonoma; la dottrina, convinta di poter spiegare tutto l'istituto da un solo osservatorio, non si era mai sforzata di comprendere se esse fossero portatrici di una logica, di un sistema proprio, autonomo; esse potevano dunque solo rappresentare le eccezioni al principio 'vero', 'giusto' e 'immutabile' di responsabilità. L'attenzione crescente nei confronti della responsabilità oggettiva trasforma invece tali 'eccezioni' in un simbolo, in un segno di un nuovo principio destinato inevitabilmente ad affermarsi e ad invadere tutto il campo della responsabilità, oppure le considera come il tratto riconoscibile di un vasto sistema oggettivo presente in tutto la sezione dei delitti e quasi delitti, in cui gli articoli di esplicito richiamo alla colpa altro

non rappresentano che un infortunio del legislatore irrilevante per l'interprete.

Le eccezioni sono, in questa seconda lettura, in qualche modo riscattate, non sono più ipotesi da trascurare ai fini dell'edificazione del sistema, ma il fondamento della nuova teoria, i fili portanti di una tela logica implicitamente sottesa a quella a prima vista più appariscente nella lettura del Codice; oppure, a dire di altri, la manifestazione legislativa di tendenze e di tensioni interne alla responsabilità da sempre irriducibili all'assolutismo della colpa e destinate ad affermarsi nell'immediato futuro. Si tratta in ogni caso di uno scontro tra principi unici, tra visioni accentrate su di un solo polo, miranti a ordinare le varie regole legislative lungo cerchi concentrici gradualmente allontanantisi da un nucleo teorico. In un caso, ponendo al centro la teoria della sola responsabilità per colpa, l'orbita più lontana dal centro, e perciò meno soggetta alla sua attrazione, è data dalle regole dettate a proposito della responsabilità dei padroni e dei committenti e da quella degli articoli 1154 e 1155: sono queste le ipotesi più difficili da spiegare e da configurare nel modello rigidamente soggettivo. Nell'altro caso, ponendo al centro della teoria la responsabilità oggettiva, l'orbita più esterna è invece costituita proprio dalle norme che prima rappresentavano il centro: gli articoli 1151 e 1152 possono infatti essere piegati ad una logica oggettivistica solo a costo di forzature interpretative, di approssimazioni, di finzioni, mentre le precedenti anomalie costituiscono ora il nucleo della teoria.

Ci siamo più volte fermati a considerare anche teoriche incerte, ibride, poste nel mezzo tra queste opposte configurazioni: frequenti nella dottrina e soprattutto usatissime dalla giurisprudenza erano, come abbiamo visto, figure di colpa così vaghe da poter assorbire implicitamente al loro interno i presupposti della teoria oggettiva pur restando formalmente nella teoria tradizionale. Quello che manca è però uno sforzo di teorizzazione dei fondamenti delle diverse ipotesi di responsabilità, un tentativo di sottrarre la materia dallo scontro tra principi assoluti ed unici, di cogliere il punto in cui le orbite più esterne si sottraggono all'attrazione di un nucleo per entrare nella zona di un altro; manca in sostanza una visione della responsabilità capace di svincolare l'analisi dal rigido monismo per

indirizzarla verso lo studio di una possibile pluralità di criteri di imputazione, verso un policentrismo dei fondamenti.

Uno studio orientato in questa direzione venne proposto da Ludovico Barassi tra il 1897 e il 1898 sulle pagine della *Rivista italiana per le scienze giuridiche* ⁽¹⁹⁾: gli obiettivi dichiarati sono di evidenziare un sistema — quello sotteso agli articoli 1154, 1155 e 1153 (primo comma e per quanto attiene ai padroni e committenti) — « parallelo » a quello della colpa, di chiarire il suo fondamento autonomo, di indagare tutte le possibili applicazioni e di accertare i 'corollari' inevitabilmente congiunti alla nuova ricostruzione.

Punto di partenza è il sistema; un sistema delle ipotesi trascurate e delle 'eccezioni', un sistema che si affianca a quello della colpa senza sostituirsi ad esso. Per poter leggere gli articoli 1153 e seguenti del Codice rinunciando del tutto alle presunzioni e alla considerazione di queste ipotesi come appendice di quella principale, occorre soprattutto potersi svincolare, più che dalla ambigua normativa del Codice, dai lavori preparatori, dall'intento esplicito del legislatore di collocare entro i confini della colpa tutta la disciplina della responsabilità. Ed è soprattutto in questa direzione che si muove Barassi: l'interprete — sostiene — è « perfettamente corretto se deduce dal sistema generale una conclusione che, quand'anche non armonizzi colle parole dei compilatori, si trova giustificata da un complesso di norme che si staccano dal loro creatore e vivono una vita a sé » ⁽²⁰⁾; « ...quei compilatori non possono aver legato le mani agli interpreti posteriori, quando è sfuggita loro una redazione che non risponde alle loro idee e che il giurista deve leggere in quel

⁽¹⁹⁾ Cfr. L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial modo a mezzo di animali*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXIII, 3 (settembre 1897), (pp. 325-360); XXIV, 1 e 2 (dicembre 1897), (pp. 174-197); XXIV, 3, (febbraio 1898), (pp. 397-422); XXV, 1, (aprile 1898), (pp. 56-83). Cfr. anche L. BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Archivio giuridico*, LXII, (1899), (pp. 74-110; 333-363; 419-498); LXIII, (1899), (pp. 36-82; 278-296); e L. BARASSI, *Della responsabilità per danni* (Nota a proposito di M. RÜMELIN, *Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, zur objektiven Schadensersatzpflicht*, Freiburg, 1896), in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXVII, 1 e 2 (maggio 1899), (pp. 208-221).

⁽²⁰⁾ L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, cit., XXIII, 3, p. 348.

modo che risulta dal sistema armonico del Codice, e che meglio corrisponde ai bisogni, ai riguardi dell'oggi » (21).

Il giurista può, in assoluta libertà, ricercare le 'armonie' insite nel testo legislativo, può interpretare il Codice con il Codice e colmare le sue lacune superando le opinioni personali del legislatore, può in un continuo sforzo di fantasia creativa adeguare le antiche disposizioni ai bisogni dell'oggi. Se così è, come non vedere allora che la costruzione di tutta la responsabilità accentrata sull'aspetto soggettivo della colpa è un inutile tributo alla tradizione e alle opinioni di un legislatore di altri tempi, come non scorgere la logica, il sistema autonomo sotteso ad una serie di norme irriducibili all'imputabilità per colpa.

L'attenzione va dunque posta sulla responsabilità per fatto non proprio, ed in particolar modo sui danni arrecati 'a mezzo di animali': « la teoria dell'imputabilità, nel senso comune della parola, nell'articolo 1154 è un fuor luogo; questa disposizione di legge ha un fondamento giuridico proprio: stabilisce una responsabilità che gravita su chi trae delle utilità da un animale, limitata con criteri obbiettivi, non subbiettivi, in piena armonia colle esigenze d'oggi e, del resto, di tutti i tempi » (22). Il giovane giurista ha ben presenti, però, soprattutto le esigenze dell'« oggi »: occorre « consacrare questa responsabilità obbiettiva » guardando alla nuova realtà sociale, avendo una « visione netta delle esigenze economiche », cercando di far corrispondere ampiamente il diritto all'equità (23). Non si tratta, certo, di affermazioni nuove nel nostro settore; quello che però va sottolineato è il controverso rapporto del giurista con la tradizione disciplinare consolidata nella ricostruzione dell'istituto, l'esigenza di filtrare e 'depurare' il contatto con il sociale attraverso un itinerario argomentativo esclusivamente logico, sistematico: l'abbandono del sistema unico e il rilievo dato ad una pluralità di fondamenti della responsabilità, l'utilizzazione del nuovo sistema insito nel Codice per opporsi a laceranti interventi legislativi sono gli

(21) L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, cit., XXIV, 1 e 2, p. 187.

(22) L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, cit., XXIII, 3, p. 355.

(23) *Ibidem*, p. 356.

strumenti essenziali per far sopravvivere un discorso giuridico sulla responsabilità civile aventa ancora, al di là della pluralità dei modelli ricostruttivi, una sua complessiva unità, una corrispondenza con le linee del diritto tracciate dalla scienza.

Barassi conosce e apprezza lo scritto di Venezian — « l'arguto lavoro », scrive, « che ho potuto consultare per cortesia di persona amica » (24) —, ma, pur subendo il fascino di molte sue tesi, in particolare di quella del fondamento della responsabilità oggettiva nel concetto di patrimonio (25), non condivide l'assolutizzazione della responsabilità causale, la tendenza a rileggere in chiave oggettivistica l'intero diritto romano, a lanciarsi in una forsennata e spesso ardua ricerca del precedente. Jhering è pienamente nel vero, scrive, quando riassume lo 'spirito' del sistema romanistico nella formula 'senza colpa nessuna responsabilità'; nella lettura dell'articolo 1151 non si potrà dunque seguire il giurista triestino, non si potrà rinunciare ai risultati di una elaborazione giuridica di due millenni (26).

Ma quello della responsabilità per colpa non è che *un* sistema della responsabilità, e l'interprete non può arrestarsi alla sua contemplazione, farsi travolgere dall'assolutismo dell'affermazione che non il danno obbliga al risarcimento ma sempre e solo la colpa. Piuttosto che piegare tutte le disposizioni in un'unica direzione, occorre invece ricercare il sistema sotteso alle normative sottratte al dominio del principio centrale: « La disposizione del nostro art. 1154 non è disposizione isolata, staccata dal resto del Codice. È invece parte integrante di un sistema che il nostro legislatore ha accolto parallelamente a quello fondato sull'indagine subbiettiva della colpa » (27).

(24) *Ibidem*, p. 333.

(25) Cfr. L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, cit., XXIV, 1 e 2, p. 176.

(26) *Ibidem*, p. 179: « La responsabilità per atti propri e per omissioni proprie della nostra codificazione riposa sulla colpa (art. 1151), ed è vano ogni tentativo di vedervi, sia pure sotto una cortecchia ingannevole, la responsabilità obbiettiva come pare invece a Venezian, secondo il quale il principio di imputabilità morale resta estraneo all'intima ragione d'essere del sistema italiano e non dà vita a nessuna parte del suo organismo ».

(27) *Ibidem*, p. 174. Si riconosce più in generale, ma *de jure condendo*, che il principio della responsabilità obbiettiva conduce a dei risultati più equi anche nella

Le eccezioni non sono sparse a caso, ma formano un altro sistema, un lineare sistema sotteso alla responsabilità per fatto non proprio cagionato da cose, da animali e da persone. La prima parte dell'art. 1153 (« Ciascuno parimenti è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o *colle cose che ha in custodia* ») deve essere integrata coll'art. 1155, ed altro non rappresenta che un principio di responsabilità oggettiva, inas-similabile alla colpa: « se infatti si presupponesse la colpa di chi ha la custodia nella cosa, che bisogno ci sarebbe stato di ripetere una massima sancita nell'art. 1152? » (28). Quel riferimento alle cose in custodia invece dà respiro alle ipotesi di responsabilità, le sottrae ad angustie interpretative, dissolvendo le dispute su cui si attarda anche la dottrina più accorta.

Raggiunto il nuovo sistema, ancora una volta la prima preoccupazione del giurista è quella di opporlo ad una scelta legislativa: come non vedere, ad esempio, che tale semplice lettura può risolvere col diritto comune quel problema degli infortuni che i civilisti pare abbiano rinunciato a studiare con i propri strumenti per affidarsi alle soluzioni del legislatore. Il giurista può desumere ancora la soluzione dal Codice e, senza bisogno di ausili 'esterni', può affermare « col Codice alla mano, senza ricorrere ad altre giustificazioni stiracchiate » che « è l'imprenditore che deve assumersi la responsabilità di questi infortuni » (29).

Il principio a cui occorre guardare è lo stesso presente nella responsabilità dei padroni e dei committenti ed in quella di chi trae

disciplina dei danni arrecati da bambini e da alienati mentali; una responsabilità questa da applicare equitativamente: « il giudice dovrebbe avere facoltà di regolarlo secondo le circostanze e le condizioni delle parti » (p. 177). Contro un possibile sistema delle ipotesi di responsabilità senza colpa cfr. G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Torino, Utet, 1916, p. 334: i casi di responsabilità senza colpa hanno in comune solo « l'elemento negativo dell'assenza di colpa; la ragione della responsabilità che con essi si ammette varia invece, e notevolmente, da caso a caso. (...) i cosiddetti casi di responsabilità senza colpa non sono, a ben vedere, che casi di obbligazione *ex lege*. Non è possibile costruire in base ad essi una teoria generale della responsabilità senza colpa... ».

(28) L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, cit., XXIV, 1 e 2, pp. 179 e ss..

(29) *Ibidem*, p. 186.

utilità da un animale per i danni da questo arrecati. Un principio che corrisponde all'equità e che non può essere vincolato dalle mutevolezze delle indagini di carattere soggettivo: « Si pensi al caso di un cocchio signorile, guidato dal proprietario, di cui i cavalli imbrozzariti atterrano l'unico figlio di una povera vedova » (30). Barassi non intende però fondare il principio solo sull'equità: data la molteplicità delle ipotesi di responsabilità, è facile capovolgere con l'esempio la direzione verso cui piegare il criterio prescelto; come affrontare, solo con la scorta dell'equità, il caso in cui « il magro ronzino di un meschinello atterri il prezioso cagnolino di una ricca signora » (31)? Anche in questa ipotesi la responsabilità del 'povero proprietario' deve essere mantenuta e potrà apparire giusta solo risalendo ad un principio più ampio, notando cioè come 'il ronzino' renda comunque un servizio utile al suo padrone: « Se si parte da questo punto di vista si troverà equo (...) che a questi vantaggi siano connessi gli svantaggi, i rischi che sempre si accompagnano, sono inerenti alle mille forme dell'attività lucrativa » (32).

Ma abbandoniamo i poco felici esempi e soffermiamoci ancora sullo sforzo ricostruttivo di Barassi volto a giustificare giuridicamente il « sistema di responsabilità parallelo al fondamento caratterizzato dall'articolo 1151 » (33). Insufficienti appaiono al Nostro sia il fondamento « rigidamente germanistico » proposto da Gierke — facente riferimento al rapporto di autorità o signoria —, sia « la teorica brutale » del nesso causale abilmente sostenuta da Venezian: il difetto del fondamento fornito dal giurista triestino è quello di essere contrastante con la diffusa « coscienza giuridica »; quello proposto dall'illustre germanista è debole perché può facilmente « scivolare nel campo della colpa ». L'applicazione del 'principio di signoria' alla responsabilità in base all'affermazione per cui « è giusto che il peso ricada sulla proprietà perché è solo in forza di

(30) Quasi nessuno dei nostri giuristi riesce, come si può vedere, a vincere la tentazione di arrecare nuove sciagure ad una già sfortunata vedova. L'esempio nel testo è in L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, cit., XXIII, 3, p. 356.

(31) *Ivi*.

(32) *Ivi*.

(33) L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, cit., XXIV, 3, p. 379.

questa si ha un diritto di disporre della cosa », implica un implicito ritorno alla colpa: « in fondo si viene a rimproverare al proprietario di non aver fatto un uso ordinario, normale del suo rapporto di signoria sulla cosa, consistente qui, nella sorveglianza, nella custodia, nella manutenzione » (34).

Il sistema parallelo di responsabilità presente nel Codice deve essere invece spiegato totalmente al di fuori del principio della colpa, deve ottenere un fondamento giuridico del tutto autonomo. Il principio a cui guardare è quello dell'« interesse attivo o del profitto »: « il subbietto economico è responsabile dei danni che hanno origine in occasione dell'esercizio delle forze di cui dispone per il soddisfacimento del proprio interesse » (35). I pericoli sono da addossare a colui che risente i vantaggi, guardando non alla relazione — irrilevante giuridicamente — del rapporto tra ricco e povero (36), bensì ai soli interessi: « che agli utili vadano congiunti inseparabilmente i rischi è fatto umano, vero, giusto » (37).

A questo punto il giurista può trarre le fila della sua analisi: « giustificare tre piccoli articoli del Codice ricchissimi di contenuto » con il principio dell'interesse attivo o del profitto significa

(34) *Ibidem*, p. 380.

(35) *Ibidem*, p. 388.

(36) *Ibidem*, p. 391: « questo principio non è giuridico, ma tutt'al più una norma suggerita da un economista con velleità socialistiche. Il diritto privato deve essere qualcosa di superiore ai partiti ed i suoi precetti devono essere ispirati dall'interesse generale, collettivo di tutte le classi, non di una a scapito dell'altra; di più pel diritto privato è indispensabile oggi il concetto di individui, di *atomi* che hanno tutti un'ugual dose di diritti e di doveri. Si abbandoni questo concetto, e verranno meno i principi di ordine e d'armonia che sono i capisaldi della società in cui viviamo ». Si può notare, per inciso, come queste convinzioni ebbero un peso rilevantissimo anche nelle costruzioni teoriche del Barassi 'padre' del diritto del lavoro in Italia. Non a caso anche 'Barassigliavorista' respinse decisamente gli interventi legislativi sociali-speciali. Cfr. L. BARASSI, *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, in *Il Filangieri*, 1899, poi riproposto come *Introduzione* della prima edizione de *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1901.

(37) L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, cit., XXIV, 3, p. 391. Il rischio sarà sempre inerente ad una attività economica: che poi il danno ricada anche sul pubblico, come le leggi naturali dell'economia politica ci insegnano, è un fenomeno che non ci riguarda. Ed è quella formula un'importante coefficiente per la misura del valore in generale: un'azienda o una cosa qualunque si stima, detratte le passività, detratte le eventualità dannose ad essa inerenti » (p. 399).

poter finalmente offrire una soluzione alle controversie in tema di responsabilità della persona giuridica ⁽³⁸⁾; aiuta a temperare « l'egoistico aforisma romano *'qui iure suo utitur neminem laedit'* », facendo sì che il risarcimento dei danni svolga una « funzione conciliativa e compromissoria » ⁽³⁹⁾; porge, come abbiamo già visto, una soluzione civilistica al tema degli infortuni.

I « corollari » del principio dell'interesse attivo o del profitto sono, a dire di Barassi, due: l'esclusione di ogni responsabilità per il caso fortuito e per la colpa dello stesso danneggiato; l'inapplicabilità della tesi del risarcimento integrale del danno. Il primo corollario restringe notevolmente la portata del 'nuovo sistema' di responsabilità obbiettiva per far sì che solo i danni aventi una « vera origine » nella persona, nella cosa, nell'animale di cui ci si giova ottenga risarcimento ⁽⁴⁰⁾. Il secondo conduce ad un ampio temperamento soggettivo del criterio obbiettivo dell'interesse: se in presenza di una colpa, di una qualsiasi colpa, appare giusto che non si proporzioni il risarcimento all'entità della colpa, ma lo si attribuisca nella sua interezza, ciò non potrà essere per il sistema della responsabilità obbiettiva, a meno che non si ritenga « che nel diritto l'interprete della legge debba solo fare delle ricostruzioni matematiche, logiche, in cui le singole parti si addentellino e combacino solo in forza di un concetto astratto di necessità logica » ⁽⁴¹⁾.

Nel caso della responsabilità obbiettiva, considerando l'interesse ed il profitto, si dovrà abbandonare la matematica per dare un'ampia discrezionalità al giudice nel fissare l'ammontare del risarcimento; la figura di un giudice che applichi « automaticamente » le

⁽³⁸⁾ Cfr. L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, cit., XXIV, 3, pp. 411 e ss.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, p. 401. Cfr. anche L. BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 282 e ss., ove, contro Chironi, sostiene che il solo elemento dell'agire *jure* non è sufficiente ad eliminare nell'ordinamento il concetto di offesa e le sue relative conseguenze: « Il vero è (...) che accanto al concetto di responsabilità conseguente a *iniuria* abbiamo pur quello di una responsabilità che non ha per presupposto la lesione di un imperativo giuridico, ma una determinata attività perfettamente lecita, attività che è esercitata nell'interesse dominante di chi ne è soggetto, e che nel suo svolgimento provoca delle perturbazioni entro altre sfere di diritto ».

⁽⁴⁰⁾ L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, cit., XXV, p. 56.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 78.

disposizione stabilite dalla legge è, del resto, non credibile, illusoria (42). È il giudice, quindi, che con un compromesso dovrà graduare il risarcimento della responsabilità di cui agli articoli, 1153, 1154 e 1155 — che altro non fanno che risolvere con un compromesso un conflitto di interessi —; e lo farà valutando il rischio, la misura del profitto, l'ampiezza e la potenza del centro economico da cui proviene il danno. Elementi questi che non possono essere stimati con « un calcolo pedantesco », ma solo *secundum aequum et bonum*.

Il sistema parallelo di responsabilità viene dunque a risolvere quei nodi concettuali su cui la civilistica appuntava ormai da decenni la sua attenzione, sforzandosi di porli tutti entro una spiegazione unitaria: il rifiuto del fondamento unico è utilizzato per affrontare provvisoriamente la perdita della centralità civilistica, ma l'ansia di una spiegazione onnicomprensiva permane. Il dividersi della responsabilità aquiliana è un compromesso, una soluzione provvisoria, nell'attesa che la scienza individui nel diritto comune un nuovo fondamento unitario capace di un ampio consenso.

Intanto, però, per rispondere alla molteplicità dei casi sottraentisi alla responsabilità per colpa, il giurista deve riconoscere che esistono due sistemi di responsabilità autonomi e muniti di propri fondamenti. Solo la duplicazione permette alla scienza ed al diritto comune di poter essere al passo con le esigenze dell'oggi senza tradire se stessa. Ma è proprio il bene che si vuole salvare quello che emerge in maniera più contraddittoria: la scienza giuridica non riesce più adeguatamente a conservare il rigore del sistema nella delineazione delle ragioni della responsabilità. Non solo il sistema unitario in Barassi si duplica, ma viene anche temperato 'per ragioni di equità', viene a 'sformarsi' in relazione alla concretezza delle molteplici ipotesi di responsabilità: in quest'ottica non resta che affidarsi al soggetto di cui tanto si è diffidato, il giudice.

Il rigore non si addice alla responsabilità oggettiva: i temperamenti rifiutati nel calcolo del risarcimento del danno da colpa sono

(42) *Ibidem*, p. 81. Sarebbe, d'altronde, « in contraddizione con la natura compromissoria, propria di questa responsabilità, il fissare l'obbligo al risarcimento di *tutto* il danno in qualunque caso ». Sul punto la proposta di Barassi coincide con quella avanzata nello stesso anno in Francia da Raymond Saleilles (cfr. *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, cit.).

accettati ed estesi nel nuovo sistema, perché solo qui l'interprete teme l'ingiustizia di un calcolo matematico di tutto il danno verificatosi per un rapporto meramente causale, non riconducibile ad alcuna negligenza anche lievissima del soggetto. Percorrendo questa via, la dottrina deve affidarsi necessariamente al giudice e vincere la sua radicata « sfiducia nella magistratura ». Tutto a questo punto torna ad essere in discussione: saltano le certezze acquisite e si riconsiderano in un sistema temperamenti rifiutati nell'altro. L'itinerario che sembrava concludersi nelle 'certezze' della responsabilità per colpa si riapre in relazione alla responsabilità oggettiva e riparte da zero, affidandosi ampiamente all'equità del pratico (43).

Qualche anno dopo, guardando ai danni prodotti da animali e presentando la responsabilità oggettiva come « un lato della solidarietà sociale », è Biagio Brugi ad invitare in modo esplicito la dottrina a guardare la giurisprudenza, a leggerla « attraverso le righe », a comprendere le incertezze del giudice che « in tanto dibattito di teorie... cerca o presume *una colpa* che spesso non vi è » (44). L'unica certezza della dottrina pare risiedere in questi anni proprio nelle affermazioni eque affioranti qua e là in una giurisprudenza confusa, contrastata tra « vecchiezza dei Codici » e sempre più ricorrenti interpretazioni oggettivistiche, tra ricerca delle armonie del sistema, esigenza di dar giustizia a nuove ipotesi di responsabilità in base ad un'applicazione ampia del principio del *neminem laedere* e legge speciale. In questa situazione un Brugi non esente dal fascino della Scuola del diritto libero può, quasi in un segno di resa dei tentativi sistematici e armonici della dottrina ottocentesca, affermare: « Forse (...) è meglio lasciar le discussioni intorno alle formule e tener dietro alla pratica con i suoi ineluttabili bisogni. La formula verrà poi » (45).

(43) Non ci pare che il 'temperamento' nella valutazione del danno possa esser presentato come un tentativo della dottrina di evitare che la nuova forma di responsabilità gravasse eccessivamente sull'industria; le preoccupazioni più evidenti di cui sono gravide le pagine dei nostri giuristi sono infatti centrate sulle questioni di equilibrio interno tra la nuova proposta e la radicata tradizione della responsabilità per colpa, e non sulle conseguenze politico-economiche delle loro ricostruzioni.

(44) B. BRUGI, *Danni prodotti da animali* (Nota a Corte d'Appello di Parma, 23 maggio 1911), in *Rivista del diritto commerciale*, IX (1911), 2, p. 859.

(45) B. BRUGI, *La cosiddetta responsabilità oggettiva* (Nota a Pretura del II manda-

3. Il « Delitto civile » di Brunetti.

Se la tendenza all'allargamento del sistema porta alla sua scomposizione e finisce per disperdere il tanto ricercato rigore della responsabilità nelle applicazioni eque dei giudici, la propensione verso una visione legalistica spinge un'altra parte della dottrina ad indirizzare la responsabilità civile entro uno spazio angusto, caratterizzato da una tipicità esasperata. Lo sforzo di eliminare ogni discrezionalità del giudice riconduce allo stallo iniziale: l'impossibilità di accordare una tutela alle nuove situazioni, se non con un continuo intervento legislativo. Una lettura della responsabilità civile fortemente ispirata al positivismo giuridico e pregevole di tali contrasti è quella presentata nel 1906 da Giovanni Brunetti nel suo studio sul *Delitto civile* ⁽⁴⁶⁾ che analizza un aspetto parziale del nostro tema, quello inerente ai fatti illeciti dolosi non colpiti dalla legge penale, ma che ci fornisce comunque un chiaro esempio della tendenza volta a svuotare l'articolo 1151 di ogni valore di principio generale e a impedire ogni sua estensione 'equa' a zone non ricadenti nella sfera protetta in modo esplicito da una norma.

« Fatto illecito — scrive Brunetti — che produce, perché tale, l'obbligazione di risarcire il danno recato, è solamente il fatto costituente una mancanza ad un *dovere giuridico*, cioè il fatto contrario ad un *imperativo giuridico*, ad una *norma giuridica* » ⁽⁴⁷⁾. Porre tale principio al centro del discorso significa negare ogni

mento di Roma, 17 dicembre 1912), in *Rivista del diritto commerciale*, XII (1914), 2, p. 249. A porre in crisi le certezze dell'interprete c'è soprattutto la messa in discussione dell'unità dei principi della responsabilità ad opera della legge speciale sugli infortuni: « Ora qual è il valore giuridico dei motivi della nostra sentenza? Ciò porta, senza che quasi ce ne accorgiamo, ad una domanda ancor più difficile ed intricata. Qual è la relazione tra il concetto delle leggi speciali e quello della legge generale, il Codice? Non mi faccio scrupolo alcuno che una legge speciale possa derogare ad una generale: formalmente la legge è speciale, sostanzialmente ha la stessa virtù di un Codice rinnovato, giacché altra forma di rinnovamento dei Codici non abbiamo. Ma a me pare che il principio della responsabilità senza colpa sia nella nostra legge generale assai dubbioso, mentre mi pare che emerga chiaro da leggi speciali. Forse è vero che, più che un principio noi dobbiamo cercare una regola applicabile ad alcuni casi della vita moderna? » (pp. 252/253). Sulla questione cfr. *infra* X.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, Seeber, 1906.

⁽⁴⁷⁾ G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 11.

valore all'articolo 1151 come « norma giuridica generale »: « Non esiste (...) una norma giuridica generale, per la quale sia illecito ledere gli interessi altrui, ma esistono norme giuridiche speciali, per cui sono illeciti certi determinati fatti » (48). Intendendo infatti la massima *alterum non laedere* in maniera ampia e generale, oppure, peggio, facendo riferimento alla lesione di un qualunque interesse e non alla violazione di un diritto, si giungerebbe ad impedire la convivenza sociale, alla paralisi di qualsiasi attività, si avrebbe il dominio dell'incertezza e dell'arbitrio (49).

Occorre quindi — esigenza perennemente ricorrente quanto inappagata della dottrina — una sistemazione della materia che eviti ogni confusione ed elimini ogni residuo sedimento non giuridico dal principio posto dall'articolo 1151. Le letture erranee da combattere sono a questo punto innumerevoli — e ancor di più Brunetti ne avrebbe trovate se si fosse fermato a guardare ulteriormente la giurisprudenza —, tutte basate sulla confusione, tutte incerte nel segnare il confine tra diritto e morale: erra soprattutto chi, come Sourdat, fondandosi sulla convinzione di prevedere per legge tutti i fatti dannosi, ritiene insita nell'articolo 1382 la massima evangelica 'Fa ad altri quello che vorresti fosse fatto a te stesso' (50); ed erra sia perché sottovaluta la completezza dell'ordinamento — che, se non esplicitamente, per lo meno implicitamente giunge a considerare sempre tutte le ipotesi (51) —, sia perché non si può attribuire al

(48) *Ibidem*, p. 15.

(49) Cfr. *ibidem*, pp. 17 e ss..

(50) Cfr. *ibidem*, pp. 39 e ss..

(51) Cfr. *ibidem*, pp. 107 e ss.: « ...il diritto, di per se stesso, è, non quale apparisce formalmente dalla legge, ma quale sostanzialmente risulta e si manifesta dopo che sulla legge si è esercitata l'opera dell'interprete, così possiamo affermare che il diritto, propriamente parlando, non ha lacune, non ha vuoti, o, come è stato pur detto, che ha orrore del vuoto ». L'inevitabile rivalutazione del ruolo dell'interprete imposta dalla tesi della 'completezza' è collocata — in contrapposizione polemica a quanti vorrebbero far penetrare la morale nel diritto, ricorrendo a 'norme giuridiche generali' — in un ottica rigorosamente 'legalistica': l'operazione interpretativa non è in contrasto — tiene a ribadire Brunetti — con la tesi per cui « illecito di fronte al diritto (positivo) equivale esclusivamente ad illecito di fronte alla legge » (p. 102), perché essa vale solo a « mostrare come un determinato imperativo giuridico esista nella legge, ad indicarne la vera portata, a fissare le condizioni della sua applicabilità: ma sempre l'imperativo giuridico è nella legge, ed eventualmente il fatto illecito, ossia contrario a quell'impera-

fatto morale un carattere giuridico ⁽⁵²⁾. È con simili confusioni, dimenticando che è «unicamente il legislatore, unicamente la legge» che deve stabilire ciò che è illecito giuridicamente, che si sconvolge la divisione dei poteri, si elimina l'«autorità» e la «certezza» ⁽⁵³⁾. Nel campo della responsabilità solo una netta distinzione del diritto dalla morale è garanzia di libertà, argine contro la prevalenza della disuguaglianza e dell'arbitrio ⁽⁵⁴⁾.

La «missione del giudice» nel settore del fatto illecito ⁽⁵⁵⁾ dovrà essere dunque solo volta a non incrinare la «certezza» della legge — esigenza questa, non si manca di aggiungere, «in piena

tivo, è illecito di fronte alla legge» (p. 103/104). Tale discorso è valido anche in presenza di lacune, allorché l'interprete deve guardare la legge e «*considerare come se vi fosse scritto ciò che scritto non è*». Anche in questo caso, per Brunetti, l'opera dell'interprete non è in contrasto con la teoria da lui sostenuta riguardo al fatto illecito; occorre, però, una ulteriore distinzione: «Non è che *manchi* la disposizione della legge, non è che manchi il comando, perché, se questo mancasse, volendo essere coerenti alla dottrina da noi sostenuta, non si potrebbe crearlo senza appropriarsi indebitamente la funzione di legislatore. Colui che, chiamato ad interpretare ed applicare la legge, trova *non esistere* in essa una disposizione, che debba applicare al caso, mentre è bene che questa disposizione ci fosse, non può dire di essere in presenza di una *lacuna*, che sia ufficio suo colmare, ma bensì di un *difetto* della legge, da additarsi al potere legislativo affinché vi rimedi; essendoché non appartiene al giudice la facoltà di correggere i difetti della legislazione» (pp. 105/106). Per una critica della teoria di Brunetti in riferimento alle sue applicazioni al tema della responsabilità aquiliana si cfr. G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, cit., pp. 43 e ss.. Al tema dell'assenza delle lacune Brunetti dedicherà innumerevoli studi successivi, cfr. R. GUASTINI, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiana del primo Novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI, 1976, pp. 542 e ss..

⁽⁵²⁾ Cfr. G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., pp. 48 e ss.: «L'azione immorale e dannosa non può, senz'altro, qualificarsi come illecita giuridicamente e quindi non fa sorgere, di per sé, l'obbligo giuridico del risarcimento».

⁽⁵³⁾ Cfr. G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 61.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *ibidem*, pp. 74 e ss.. Le affermazioni seguono quanto sulla distinzione tra diritto e morale aveva affermato Enrico Lai che è più volte richiamato nel testo di Brunetti. Cfr. E. LAI, *Principii generali sulla responsabilità civile per delitti e quasi delitti*, cit., pp. 12 e ss.. Dopo aver mostrato l'impossibilità di far rientrare il fatto immorale dannoso nell'articolo 1382 del *Code civil* e nell'articolo 1151 del Codice civile italiano, Brunetti si sofferma a lungo a criticare il § 826 del BGB: anche un'esplicita disposizione legislativa imponente il risarcimento per il fatto immorale dannoso deve essere, pur se giuridica, condannata dalla scienza (cfr. G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., pp. 277 e ss.).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., pp. 119 e ss. il capitolo intitolato «La missione del giudice e il fatto illecito».

armonia col *diritto naturale* o *razionale*; giacché questo ha tra i suoi postulati la certezza del *diritto positivo* » ⁽⁵⁶⁾ —: il giudice non dovrà ispirarsi all'equità per modificare o 'travisare' il diritto sino ad invadere le attribuzioni del legislatore ⁽⁵⁷⁾, non dovrà richiamarsi all'articolo 3 delle preleggi « per dichiarare illecito un fatto unicamente perché in contrasto con un principio generale del diritto » ⁽⁵⁸⁾.

Da negare è dunque l'intera prassi giurisprudenziale che aveva esteso i confini della responsabilità per ricomprendere le nuove ipotesi al suo interno e per raggiungere attraverso l'interpretazione quanto era ignorato, e talvolta implicitamente vietato, dal legislatore. Brunetti conclude, non a caso, il suo saggio con la condanna delle tendenze giurisprudenziali in tema di delitto civile. Non si può pretendere — afferma valutando l'operato della giurisprudenza riguardo ad un ipotesi che già conosciamo, la responsabilità per danno da seduzione — che colui che abbia ottenuto da una donna « la concessione di favori extramatrimoniali » commetta un illecito civile e debba risarcire i danni in base all'articolo 1151, se manca il presupposto indispensabile all'applicazione di tale articolo: « una norma giuridica contenuta nella legge », una norma penale che colpisca la seduzione ⁽⁵⁹⁾. Quello che ci vuole è consequenzialità e precisione: la seduzione potrà, certo, essere prevista come delitto civile dal legislatore, ma occorrerà che questi come logica conseguenza commini al seduttore anche una pena ⁽⁶⁰⁾; con ciò sarà rispettata anche l'irrinunciabile esigenza della precisione e della certezza: « si stabilisca esattamente cosa si intende per 'seduzione' si fissino i nuovi limiti, si determinino le circostanze di fatto che

⁽⁵⁶⁾ G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 127.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., pp. 120 e ss.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*, p. 160 e 109 e ss.: « in qualunque parte si attingano i principii generali del diritto, la invocazione di essi per risolvere i casi concreti non può mai avere per effetto di far dichiarare illecita giuridicamente un'azione, che tale non sia di fronte alla legge » (p. 111).

⁽⁵⁹⁾ G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., pp. 501 e 502.

⁽⁶⁰⁾ Si tratta, più in generale, del principio che l'autore definisce di « penalità del fatto illecito doloso »: il delitto « non deve essere puramente civile ma anche penale » (G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 502).

costituiscono il delitto: in una parola, si faccia una delimitazione certa, ed uguale per tutti, del territorio dell'*illicito* civile » (61).

La vaga figura del delitto civile, « antigiuridica e illiberale » (62), viene così totalmente sacrificata — come è totalmente sacrificata ogni apertura interpretativa in base al principio ampio dell'articolo 1151 — in reverente omaggio ad ideali che il corso ottocentesco del problema della responsabilità civile aveva mostrato non meno vaghi: la precisione, il rigore nelle linee e nei confini del giuridico, l'uguaglianza formale, la certezza del diritto.

4. *Elasticità del modello e tendenze centrifughe.*

Le linee di tendenza qui accennate continuarono ad intersecarsi e a contrapporsi sino — ma anche oltre — alla legislazione di guerra che attuò una « grande rivoluzione », « una crisi nel diritto privato. Forse la più grande crisi del diritto privato » che, per chi sapeva ben cercare, aveva già manifestato qua e là i suoi segni (63). Prima di tale rivoluzione i conflitti più rilevanti sul nostro tema furono ancora collegati alla crescente perdita di centralità del diritto civile e al fortificarsi di settori disciplinari sempre più autonomi. Il tema della responsabilità aquiliana come insieme unitario e generale di principi è in questi anni incomprensibile senza prestare attenzione alla progressiva 'riduzione' del diritto privato « generale » e « comune » ed allo scontro tra aree disciplinari espressione di 'diritti parificati' e non più gravitanti attorno all'unico centro civilistico; una situazione resa instabile da una forte pressione per quegli interventi legislativi, destinati poi ad esplodere durante il periodo bellico.

(61) G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 503.

(62) *Ibidem*, p. 506.

(63) F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (Prolusione al corso di Istituzioni di diritto civile letta nella R. Università di Genova il 22 novembre 1918), ora in ID., *Studi giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 339; 341: « Prima della guerra, soprattutto dallo scorcio del secolo XIX, già con la così detta legislazione sociale alcuni e notevoli mutamenti s'erano portati al sistema tradizionale individualistico dei nostri ordinamenti di diritto privato. La legislazione sociale attua delle forme di protezione. La protezione riduce la sfera del diritto privato, poiché il diritto privato presuppone incontro e lotta di libere determinazioni ».

Seguiremo nella terza parte del presente lavoro l'affermarsi della frammentazione della responsabilità aquiliana nel senso qui accennato; prima di inoltrarci in questo versante è forse utile però dare un ultimo sguardo al dibattito 'puramente' civilistico antecedente alla guerra.

Se il tratto distintivo della civilistica di questi anni resta quello che già conosciamo della difficile collocazione delle nuove ipotesi di responsabilità entro la consolidata tradizione disciplinare della costruzione dell'istituto ⁽⁶⁴⁾, alcuni segni innovatori si possono scorgere, più che nello stanco proseguimento dello scontro sulla responsabilità oggettiva ⁽⁶⁵⁾, sul versante della precisione concettuale riguardo ad alcuni punti cardine del nostro istituto ⁽⁶⁶⁾.

Il principio sottoposto a critica è soprattutto quello del *nemi-nem laedere* come generico dovere leso dall'illecito aquiliano; il dibattito sul punto conduce, da un lato, ad una messa in discussione della relazione tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale, e, dall'altro, ad un conseguente riacuirsi dei dibattiti dottrinali sul grado della diligenza (e della colpa) aquiliana.

⁽⁶⁴⁾ Una chiara espressione della forte permanenza dell'impostazione tradizionale della responsabilità per colpa e dell'inevitabile corollario della 'catena di fragili sofismi', riammodernata qua e là con un uso ampio dell'articolo 3 delle preleggi (sulla scorta della prassi giurisprudenziale) e da nuovi anche se approssimativi riferimenti alla teoria dell'abuso di diritto, può trovarsi in questo periodo nel già più volte citato *Trattato del risarcimento del danno in materia dei delitti e di quasi delitti* di Giovanni CESAREO-CONSOLO.

⁽⁶⁵⁾ Si cfr., ad esempio, A. MINOZZI, *Responsabilità e colpa (Esposizione critica di alcune pubblicazioni italiane sulla teorica della responsabilità senza colpa)*, in *Pel cinquantesimo anno di insegnamento del professor Francesco Peperè*, Napoli, Soc. anonima cooperativa tip., 1900, pp. 394-412; e, per una sintesi finale dei dibattiti del periodo, G. P. CHIRONI, *Colpa e risarcimento* (nota a Corte di Cass. Roma, 14 aprile 1914; Corte di Cass. Torino, 11 dicembre 1913; Corte d'appello Genova, 9 gennaio 1914; corte di Cass. Roma (S. U.), 1914; Corte di Cass. di Torino, 13 ottobre 1914), in *Rivista di diritto commerciale*, XIII, 2 (1915), pp. 110-145. Chironi difende su tutta la linea le idee presentate molti anni prima nel suo trattato sulla colpa.

⁽⁶⁶⁾ L'affermazione indubbiamente semplifica il dibattito civilistico del periodo giolittiano, ma non ci pare che lo falsi: escludendo parzialmente i rapporti di vicinato e l'abuso di diritto (su cui cfr. soprattutto C. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit.), non ci pare che le altre tematiche connesse alla responsabilità aquiliana fossero riconducibili ad aspetti lontani dalle linee qui tracciate.

4.1. *Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana.*

« Il dovere generico del *neminem laedere* probabilmente non è che una specie di Fata Morgana che ha per molto tempo illuso e continua a illudere i giuristi. Quel dovere generico non è in realtà che la sintesi di tutti i doveri specifici, imposti a ciascuno verso gli altri » (67). Partendo da tale critica nei confronti della 'finzione costruttiva' diffusa nella dottrina dominante, ci si può spingere a ridiscutere l'intera distinzione tra colpa contrattuale ed aquiliana: non c'è l'infrazione del dovere generico, se non si infrange un dovere specifico; « colpa senza preesistenza di un obbligo speciale non esiste, non può esistere », e « un obbligo preesiste per la colpa contrattuale come per la colpa aquiliana » (68).

A sfatare « l'illusione » che aveva caratterizzato la dottrina e guidato non poche decisioni giurisprudenziali è Francesco Carnelutti in un suo noto intervento comparso nel 1912 sulla *Rivista di diritto commerciale*. Se la colpa è la violazione di un obbligo preesistente, si deve porre in crisi « la diversa soluzione » data alla responsabilità contrattuale ed aquiliana, sia per quanto attiene all'onere della prova, sia per il grado di diligenza, sia per l'estensione del risarcimento (69). Arrestiamoci però al punto di partenza dell'analisi di Carnelutti che è quello che più ci interessa: « una determinazione generica di illiceità — afferma — è una contraddizione in termi-

(67) F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale* (Nota a Corte d'Appello di Venezia, 5 luglio 1912), in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, 2, p. 744. Più in generale sull'argomento cfr. S. PUGLATTI, « *Alterum non laedere* » (*il diritto positivo e le dottrine moderne*), in *Enciclopedia del diritto*, II, 1958, pp. 98 e ss..

(68) F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, cit., p. 744. Cfr. nello stesso senso anni prima M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1902, 2. ed, Vol. II, pp. 267 e ss..

(69) Cfr. F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, pp. 747 e ss.: in contrapposizione su tutta la linea alle idee di Chironi e di Polacco. Per quanto attiene al tema dei rapporti tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e la estensione del risarcimento si cfr., per il dibattito degli anni antecedenti, Nicola COVIELLO, Nota a Corte di cassazione di Napoli, 20 ottobre 1896, in *Giurisprudenza italiana*, 1897, I, 1, cc. 23-30; C. F. GABBA, *Contributo alla teorica del danno e del risarcimento in diritto civile italiano* (nota a Corte d'Appello di Genova, 28 febbraio 1899), in *Giurisprudenza italiana*, 1899, I, 2, pp. 641-656.

ni»⁽⁷⁰⁾; l'articolo 1151 «con la sua formula semplice, illude e invita» ad interpretazioni generiche, ma inteso in tal modo è una disposizione erronea che non si spiega e manca di ogni giustificazione. E Carnelutti è lì proprio per combattere illusioni, genericità, contraddizioni; anche se non può fare a meno di riconoscere i benefici apportati da una visione così 'fumosa' dell'articolo 1151: «è una provvidenza che non si spieghi! L'imperfezione di questo testo e l'errore o almeno l'incompletezza del concetto di colpa extracontrattuale che esso (...) rispecchia ed agevola, gli permette di essere una sorgente perenne di rinnovamento giuridico. E se Polacco ha efficacemente additato nell'articolo 1124 del cod. civ. un organo respiratorio del diritto, io direi che l'articolo 1151 gli fa il paio e costituisce il secondo polmone del nostro Codice. Pochi errori hanno tante benemerenzze quanto quel trasparentissimo dovere giuridico del *neminem laedere!*»⁽⁷¹⁾.

Ad illustrare le benemerenzze della formula erronea e illusoria c'è la prassi giurisprudenziale — quella ad esempio in materia di seduzione e di concorrenza illecita⁽⁷²⁾ —; una prassi ancora una volta ritenuta benefica ma fondata su presupposti erronei, fonte di rinnovamento giuridico ma illegale e inaccettabile dogmaticamente. La via del restringimento degli spazi della responsabilità aquiliana, conseguente alla scelta della precisione dogmatica, è però una scelta

⁽⁷⁰⁾ F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, cit., p. 747.

⁽⁷¹⁾ *Ibidem*, p. 745. Si cfr. V. POLACCO, *Le cabale nel mondo legale* (Discorso letto nell'adunanza solenne del R. Istituto Veneto di Scienza, Lettere ed Arti, il 24 maggio 1908, in V. POLACCO, *Opere minori*, cit., vol. I, p. 60.

⁽⁷²⁾ «Vorrei vedere a che ne sarebbe la giurisprudenza in materia, per esempio, di seduzione o di concorrenza illecita, se il giudice avesse anzitutto a discutere se ed in quanto, nel sistema giuridico vigente, sia da ammettere il diritto della donna alla sua integrità fisica e morale e il diritto dell'industriale e del commerciante sull'avviamento della sua azienda! Invece l'articolo 1151, con la sua formula semplice illude e invita. Basta dichiarare che nel seduttore o nel concorrente c'è colpa; e la dichiarazione, nel modo di pensare comune, è il frutto di un giudizio complesso i cui elementi non si analizzano. Basta dichiarare che il seduttore o il concorrente violano il precetto del *neminem laedere*. E tranquillarsi col dire che fra il seduttore e la sedotta o il concorrente e l'industriale non preesiste alcun rapporto ma la colpa lo crea! Ma è, ripeto, una semplice illusione» (F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, cit., p. 745).

obbligata per la dottrina che in nome della coerenza logica, più che del legalismo, è tenuta ad abbandonare ogni 'illusione'.

Lo sbiadirsi del confine teorico tra responsabilità aquiliana e contrattuale accentua, per altro verso, le dispute sulla cumulabilità delle rispettive azioni; una schiera di autori combatte la tesi della netta separazione (tesi contrastante il concorso e volta in genere a ritenere assorbente la forza del contratto) e propone il 'cumulo' delle azioni: la legge di ordine pubblico, si argomenta, non può che rafforzare gli obblighi contrattuali, e quindi il singolo contratto non deve far venir meno la tutela aquiliana la cui azione non resta assorbita dall'altra, ma si cumula ad essa (73). Eliminata la considerazione ampia e generica del *neminem laedere*, scompare il rapporto da specie a genere della responsabilità contrattuale nei confronti della responsabilità aquiliana e si possono ipotizzare rispetto ad un'unica situazione dannosa rimedi di varia natura (74).

La tendenza a attenuare, o ad eliminare, le differenze tra responsabilità aquiliana e contrattuale aveva infine ripercussioni sulla configurazione della colpa: qui, oltre al nodo della culpa levissima — su cui ritorneremo nel prossimo paragrafo —, questioni sorgono anche riguardo alla compensazione di colpe di 'diversa natura' (75).

(73) Cfr. C. VIVANTE, *Colpa contrattuale e colpa aquiliana* (Nota a Corte di Cass. di Roma, 16 dicembre 1904), in *Rivista del diritto commerciale*, III, 2, 1905, pp. 117 e ss.; G. PACCHIONI, *Colpa contrattuale e colpa aquiliana* (Nota a Corte di Cass. di Roma, 27 settembre 1904), in *Rivista del diritto commerciale*, III, 2, 1905, pp. 258 e ss.. Per un riepilogo della discussione dal punto di vista della teoria tradizionale — sostenuta soprattutto da Polacco e Chironi — della « incompatibilità » tra le due azioni, si cfr. G. P. CHIRONI, *Ancora sul concorso della colpa contrattuale con la extracontrattuale*, (Nota a Corte di Cassazione di Torino, 21 novembre 1916 e 3 marzo 1917), in *Giurisprudenza italiana*, 1817, I, 1, cc. 1011-1027; P. CARADONNA, *Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale*, in *Rivista del diritto commerciale*, XX, 1, 1922, pp. 261 e ss.. Per una prospettiva più di lungo periodo della questione, si cfr. P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Padova, Cedam, 1989.

(74) Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., pp. 677 e ss..

(75) Cfr. B. BRUGI, *Colpe di natura diversa e compensazione della colpa* (Nota a Corte di Cass. di Palermo, 4 maggio 1907), in *Rivista del diritto commerciale*, VI, 2, 1908, pp. 13 e ss.; estremamente confuso è invece G. GIORDANO, *La compensazione delle colpe nei quasi delitti*, in *Il Filangieri*, XXXI, 1906, pp. 171-192; 273-282.

Si avverte spesso, seguendo tali dispute, uno stato di disagio della dottrina; un disagio che ci pare ben espresso da Biagio Brugi: ogni sforzo teorico per mantener distinti i due tipi di colpa pare finire inevitabilmente per sostenere un provvisorio « edificio barcollante »; guardare, del resto, ad una riunificazione dei concetti, affidarsi alla regolamentazione « meno rigorosa » della colpa contrattuale, appare non meno contraddittorio « nelle condizioni della vita odierna e nell'ampiezza della cerchia in cui si formano le contrattazioni », in quanto ciò costringe il giurista ad esagerare « il valore e l'efficienza della volontà » (76).

La soluzione da prospettare in tanta incertezza può stare allora proprio nel riaffermare quanto altri intendono decisamente negare: l'articolo 1151 come principio generale; la valutazione ampia della colpa da lasciare all'autorità giudiziaria; la rinuncia a tracciare nette, e perciò arbitrarie, linee di confine. La soluzione di Brugi, nell'impossibilità di un « confine logico fra la colpa *levis* e la *levissima* », è quella di far riferimento al criterio più ampio anche nel caso di responsabilità contrattuale (77).

L'invito alla dottrina è quello di abbandonare la via della ricerca ad ogni costo della precisione ricostruttiva pensata in netto contrasto con la discrezionalità giudiziale; una via velleitaria, impossibile da percorrere nel settore della responsabilità. Si pensi, ad esempio, al tema della compensazione: « per me lasciare che il prudente arbitrio del giudice decida della responsabilità e del risarcimento da accordare al danneggiato, quando attore e convenuto siano in colpa, risponde al genuino concetto di colpa. Questo dobbiamo desiderare, se anche così ci vediamo riapparire in mille aspetti quell'*officium iudicis* che credevamo di aver confinato fra le anticaglie del diritto romano » (78).

(76) B. BRUGI, *Colpe di natura diversa e compensazione della colpa*, cit., pp. 1 e 15.

(77) *Ibidem*, pp. 16 e 17. Per la proposta di applicazione della colpa lievissima anche al campo contrattuale cfr. anche C. F. GABBA, *Contributo alla teorica del danno e del risarcimento in diritto civile italiano*, cit..

(78) B. BRUGI, *Colpe di natura diversa e compensazione della colpa*, cit., p. 18.

4.2. *Il « giusto mezzo »: ancora sulla culpa levissima.*

Due obiezioni 'moderate' a due tesi 'radicali' ci ripropongono la *culpa levissima* quale « giusto mezzo » teorico per affrontare il problema della responsabilità aquiliana agli inizi del Novecento: Pietro Bonfante si oppone a Biagio Brugi e Vittorio Polacco replica a Francesco Carnelutti.

Il tema dei rapporti di vicinanza e delle immissioni fu oggetto di un interesse costante da parte di Bonfante che, in un primo momento, individuò il criterio fondamentale della liceità delle immissioni in riferimento alla disciplina della responsabilità civile, mentre sposto in seguito la valutazione fuori dall'ambito extracontrattuale: ad un'immissione socialmente necessaria si oppone un'esigenza equitativa che determina un indennizzo e non un risarcimento del danno in senso tecnico ⁽⁷⁹⁾.

L'assenza di una specifica disciplina della materia e la necessità di far coesistere i contrapposti principi del *qui jure suo utitur neminem laedit* colla illiceità di ogni violazione dei diritti del vicino costituiscono, com'è noto, i nodi centrali della tematica. Bonfante non ritiene si possa fornire alcuna risposta con frettolosi abbandoni della teoria della colpa e in più punti si impegna a respingere gli « illogismi vani » dei fautori della responsabilità oggettiva ⁽⁸⁰⁾; d'altra parte, si impegna a negare la resa dei giuristi « di fronte ad un simile conflitto tra le ragioni apparenti della logica giuridica e quelle della vita » ⁽⁸¹⁾. Si arrende, ad esempio, Biagio Brugi quando — in linea con le sue posizioni sulla responsabilità che già conosciamo — propone quale unica soluzione dei rapporti di

⁽⁷⁹⁾ Cfr. C. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 141 e ss..

⁽⁸⁰⁾ P. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinato* (1911), in ID, *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino, UTET, 1918, (pp. 774 e ss.) p. 798: « Anche nel campo che è propriamente suo, cioè del danno, questa dottrina accumula illogismi vani. È illogico far getto della colpa che il diritto positivo esige, illogico parlare dei vantaggi, dei *commoda*, che si ricavano dall'esercizio, quando nessuna legge positiva mette in rapporto la responsabilità per le violazioni giuridiche coi lucri delle operazioni da cui derivano, illogico finalmente parlare di responsabilità senza colpa, quando poi si insiste sulla inevitabilità del danno con le maggiori precauzioni ».

⁽⁸¹⁾ P. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinato*, cit., p. 799.

vicinato quella di trasformare il giudice in legislatore del caso speciale (82).

Se Brugi intende convertire il giudice in legislatore, erra perché gli attribuisce un potere che « non aveva nemmeno il giudice romano » (83); erra però anche se, con ipotesi più plausibile, intenda dire « che un limite e un criterio vi è nella legge, ma si rinuncia a fissarlo ». L'opposizione della dottrina a questa seconda ipotesi deve essere ancor più netta che alla prima, perché qui è in gioco la sopravvivenza stessa della scienza giuridica: « ...la scienza si rimette all'intuizione del giudice, rinunciando al suo compito. Il senso pratico detterà, il più delle volte, al giudice la soluzione giusta, ma le motivazioni, quando la scienza non soccorre, sono infelici e spesso assolutamente lacrimevoli. La prassi giudiziaria resta abbandonata a se stessa, e non è escluso che il senso pratico, con un frasario indigesto e nebuloso, invece di concetti giuridici, si lasci andare alla deriva di simpatie etiche, si lasci sorprendere dal lato sentimentale di una questione, si lasci anche sorprendere da una visione unilaterale della specie da decidere » (84).

Accettando la proposta di Brugi, quindi, la scienza rinuncia al suo compito che è quello di restare ai « concetti giuridici fondamentali », di stabilire « l'impero della logica e del diritto » (85). A questo punto, più che seguire le 'deduzioni logiche' di Bonfante in tema di rapporti di vicinato, ci preme rilevare come giochi un ruolo essenziale in esse il concetto di *culpa levissima*: in tema di responsabilità non si può rinunciare alla condizione soggettiva della colpa, ma « basta una *culpa levissima*, una qualunque negligenza o imprudenza » (86). La risposta giuridica pare stare per Bonfante proprio in questa via intermedia, in tale compromesso tra esigenze concrete e fedeltà ai 'principi giuridici fondamentali'. Di fronte, ad esempio, ai danni prodotti dalle scintille delle locomotive, non si potrà risalire certo ad una responsabilità oggettiva delle società ferroviarie, né

(82) Cfr. anche B. BRUGI, *Della proprietà*, I (Ristampa della 2. ed.), Napoli-Torino, Marghieri-UTET, 1923, pp. 291 e ss.; in particolare pp. 321/322.

(83) Cfr. P. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinato*, pp. 799 e 800.

(84) *Ibidem*, p. 800.

(85) *Ibidem*, p. 801.

(86) *Ibidem*, p. 819.

sostenere la loro generale e piena irresponsabilità; la soluzione andrà dunque cercata nel mezzo: « a noi basta ricordare un punto forse troppo dimenticato: che la colpa, la quale si esige nel campo extracontrattuale, la colpa delle legge Aquilia, è un *minimum*, il quale si riduce alla mera coscienza e volontarietà dell'atto » (87).

Si chiude una strada che dà ampia discrezionalità alla giurisprudenza, ma se ne apre un'altra: sappiamo infatti come, in nome del 'rigore della logica', della retta applicazione dei 'principi giuridici fondamentali' e della negazione dell'arbitrio del giudice, altri, e non meno illustri dottori, ritenevano che il principio pericoloso da eliminare nel campo aquiliano fosse proprio la colpa lievissima. Il dilemma resta così aperto, come la ricerca del rigore della logica.

Non è disposto a rinunciare alla *culpa levissima* neanche Vittorio Polacco che, nella seconda edizione del suo *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, torna a difendere il concetto contro le accuse congiunte di Ferrini, Cogliolo e Carnelutti (88). A fronte delle rigorose argomentazioni addotte soprattutto da Carnelutti la replica di Polacco si fonda, più che sulla logica, sul buon senso. In materia come quella della colpa « è provvida (...) la formulazione di concetti generali che più si presti per la sua elasticità a varie contingenze di fatto e a mutevoli indirizzi di idee da una ad altra epoca nel valutarle » (89). Perché mai l'interprete dovrebbe rinunciare a sì prezioso lascito del legislatore? Perché dovrebbe rifiutare di considerare che nei lavori preparatori del *Code civil* la colpa aquiliana viene intesa in modo tanto ampio da includere anche la lievissima? Non si possono, del resto, invocare a favore del restringimento del concetto, nemmeno le esigenze sociali del momento che spingono in direzione esattamente opposta.

È soprattutto a quest'ultimo argomento che Polacco affida la sua difesa della *culpa levissima*: sempre più si diffondono correnti dottrinali favorevoli alla responsabilità senza colpa, alla responsabilità oggettiva, « io mi domando se, mentre fermentano nel nostro

(87) P. BONFANTE, *I rapporti di vicinato e la giurisprudenza* (n.32: Fuoruscita di scintille da locomotive), in ID., *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, cit., 897.

(88) Cfr. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano* (seconda edizione riveduta e ampliata), Roma, Athenaeum, 1915, pp. 393 e ss.; 464 e ss..

(89) *Ibidem*, p. 399.

mondo giuridico idee simili, giunge in buon punto questa tendenza diametralmente opposta, la quale, attenuando il tradizionale criterio di colpa aquiliana, lasci scoperti da indennizzo un numero di casi anche maggiore di quelli che rimarrebbero fuori pur adottando il rigoroso apprezzamento di colpa divisato dal legislatore. Non sarebbe piuttosto da credere che tra le opposte correnti moderniste il pensiero originario che ispirò la legge rimanga più che mai vivo e vitale, come quello che rappresenta ancora il giusto mezzo? » (90).

All'eccesso di rigore logico dei fautori del 'grado unico di diligenza' e ai radicalismi dei fautori della responsabilità oggettiva non resta altro da opporre che ancora il riferimento al criterio ampio ed elastico della tradizione. Si ripropone a distanza di anni lo stesso principio su cui aveva puntato Chironi per salvaguardare le certezze della civilistica in crisi e per fronteggiare le trasformazioni sociali senza distruggere l'unità del diritto comune.

Ma la sfida della Scienza appare oramai persa e i suoi principi comuni sempre più lacerati, come del resto la stessa civilistica: impotente a sviluppare in maniera ampia i principi su cui aveva puntato; tormentata dall'assillo legalistico di tracciare con precisione ogni linea dei, pur benefici, « polmoni del Codice »; spesso in fideistica attesa delle sole risposte giuridiche plausibili, quelle legislative; incapace di ripensare i presupposti teorici della disciplina e intenta oramai, più che ad estendere al sociale gli 'immutabili' ed unitari principi del diritto comune civilistico, ad ammobiliare con schemi concettuali rigorosi l'inferno di una legislazione propensa a soluzioni parziali, provvisorie, incoerenti, tendenti a seppellire sotto una valanga di norme quel bene fondamentale dell'unità del diritto alla cui tutela aveva indirizzato tutto il suo sforzo ricostruttivo.

(90) *Ibidem*, p. 470. Sulla questione, in relazione al Codice civile del 1942, si cfr. A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 86 e ss..

PARTE TERZA

L'UNITÀ PERDUTA

CAPITOLO DECIMO

DALLA « RESPONSABILITÀ ESASPERATA » ALL'ASSICURAZIONE.

1. Il rischio professionale come dottrina extracivilistica. — 2. La nascita del modello transattivo: responsabilità ed assicurazione obbligatoria nella legge sugli infortuni del 1898. — 3. Responsabilità e « criterio di utilità sociale »: la legge del 1898 e l'interprete.

1. *Il rischio professionale come dottrina extracivilistica.*

Le due parti precedenti del presente lavoro hanno indagato il modello di diritto comune della responsabilità aquiliana nelle ricostruzioni unitarie della dottrina e della giurisprudenza. Nello sforzo di ricomprendere i nuovi temi della responsabilità entro le ragioni del diritto comune — attraverso crescenti finzioni ricostruttive, capovolgimenti o estensioni del principio della responsabilità per colpa — e nel tentativo di isolare in un ambito non privatistico gli argomenti disgreganti abbiamo potuto scorgere un continuo misurarsi della civilistica con l'affiorare della prima lacerazione degli unitari principi del nostro istituto. Il frammentarsi della responsabilità rappresentava per il civilista il male da abbattere, da arginare o semplicemente da ignorare e da espellere dal proprio discorso. Ciò che incrina l'unitarietà del modello civilistico non riceve un'attenzione autonoma: dalle responsabilità 'estraganti' non possono scaturire infatti forme di responsabilità vera, principi realmente giuridici, fondamenta solide per le costruzioni del giurista. Lo sforzo principale del civilista è quello di annullare la divisione del suo istituto, ricomprendendo le sue multiformi sfaccettature entro le ragioni antiche e solide della sua scienza, creando nuove estensioni del sistema.

In quest'ultima parte del lavoro i settori che complicavano la

linearità originaria del modello della responsabilità civile saranno invece oggetto di indagine proprio nel loro aspetto disgregante, nella loro collocazione 'separata' rispetto all'unitarietà delle ricostruzioni sistematiche. Dovremo dunque ritornare su quei temi che abbiamo prescelto come indici della frammentazione del nostro istituto — gli infortuni sul lavoro e la responsabilità della pubblica amministrazione — per inseguire, magari nell'affermarsi di campi disciplinari lontani da quello civilistico, i nuovi volti giuridici che la responsabilità 'divisa' andava assumendo. Il tema dominante diviene ora quello del 'distacco', della necessaria separazione dei nuovi àmbiti dal diritto comune civilistico e dalle sue normative uguali. Nella relazione tra responsabilità civile ed infortuni sul lavoro il momento centrale di tale separazione può essere colto ascoltando le ragioni del legislatore, seguendo le vicende di una legge, quella del 1898, lungamente attesa. Per la responsabilità della pubblica amministrazione — che considereremo nel prossimo capitolo — occorrerà invece prestare attenzione all'affermarsi di un settore disciplinare reclamante l'autonomia scientifica dei suoi istituti. In entrambi i casi l'argomento del 'distacco' (della nuova normativa o delle nuove costruzioni scientifiche) dal modello del diritto comune civilistico gioca un ruolo fondamentale.

Raggiunta attraverso un lungo e complesso *iter* parlamentare, la legge sugli infortuni è circondata, solo in quanto espressione di spicco della legislazione sociale, da tutta una retorica che tende a sottolineare in vario modo i suoi tratti specifici contrastanti il diritto comune. Si insiste sulla sua dimensione sociale, sulla sua capacità di valutare realtà estranee al diritto civile uguale, si richiama il suo carattere equitativo, conciliativo dei conflitti di classe, sottolineando che si tratta di provvedimenti volti ad eliminare, senza preoccupazioni per il rigore necessario nel giuridico, il crescente stato di guerra tra padroni ed operai e ad introdurre nuove regole di pace ⁽¹⁾. Tali

(1) Si possono confrontare in tal senso le pagine degli atti parlamentari non solo in tema di infortuni sul lavoro — su cui cfr. ancora *infra* nel prossimo paragrafo — ma anche riguardo alla legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli e quella sui proviviri industriali. Per una visione sintetica delle diverse prospettive qui accennate cfr. A. ALBERTI JACONA, *Iniziativa privata e legislazione sociale*, Palermo, Clausen, 1890; B. GABBA, *Trenta anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901; G. BEVILACQUA, *Saggio sulla legislazione operaia in Italia*, Torino, Bocca, 1906; G. SOLARI, *Socialismo e diritto*

'diversità' delle leggi sociali rispetto al diritto comune erano, come sappiamo, utilizzate nell'ambito della ricostruzione giuridica per ribadire la loro collocazione separata rispetto al diritto comune civilistico, rispetto al 'vero' ed 'immutabile' diritto, quello non sottoponibile a transazioni e a compromessi; oppure, al contrario, per individuare nei segni di tale diversità la prima espressione di un nuovo sistema giuridico, di un 'Codice dell'avvenire' destinato a sostituire gradualmente l'ordine esistente.

L'adesione o la critica dei giuristi nei confronti della legge sugli infortuni sono condizionate, più che dalla puntuale lettura delle proposte o delle disposizioni di legge, dalle speranze o dai timori che essi riponevano nelle leggi sociali e nell'intervento del legislatore (2). Quello che emerge con nettezza dalle pagine dei civilisti in tema di infortuni è, in fondo, la non necessarietà dell'intervento legislativo sui principi giuridici e la collocazione separata rispetto ai principi del diritto comune dei provvedimenti sociali ritenuti provvisoriamente indispensabili. In tal senso si muove chi richiede che la questione giuridica non sia falsata con impropri accostamenti con la questione sociale; chi mira a risolvere il tema degli infortuni con interpretazioni sempre più 'creative' degli articoli 1151 e seguenti; chi guarda alle leggi sociali come alla regolamentazione transitoria e pubblicistica di eccezioni irriducibili alla linearità del diritto privato. Sostiene, però, tale separazione anche chi punta, al contrario, sull'intervento legislativo: i provvedimenti sociali sono considerati 'vero' diritto solo in quanto portatori di modelli nuovi ed unitari di istituti già presenti nella 'coscienza popolare' e non in quanto legge di per sé capace di trasformare e rimodellare il diritto comune vigente.

Abbiamo insistito più volte su questa visione sottesa alle rico-

privato. Influenze delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato (1906), Milano, Giuffrè, 1980; E. BRUNI, *Socialismo e diritto privato*, Palermo, Sandron, 1907; F. ARCA, *Legislazione sociale*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano* (diretto da V.E. Orlando), VI, 1, Milano, Soc. ed. Libreria, 1930, pp. 1-319;

(2) Adesioni ed opposizioni, speranze e timori non sono immediatamente collegabili alla volontà di attribuire più o meno ampie garanzie all'operaio infortunato. Sappiamo infatti che molti civilisti tentavano di raggiungere attraverso una via sistematica quelle garanzie che altri ritenevano possibili solo grazie ad un intervento di tipo legislativo.

struzioni della scienza giuridica. I cardini attorno a cui si sviluppano tali convinzioni sono dati da una serie di dicotomie (pubblico/privato; sociale/giuridico; equità/diritto; necessità sociali/veri principi giuridici; transitorio/immutabile) aventi uno dei poli — quello immediatamente a contatto con il diritto comune 'civilistico' — fondato su una caratterizzazione di tipo costituzionale: il diritto privato, il giuridico, il vero diritto non può essere mutato dal legislatore, esso si trasforma ed aderisce alle nuove esigenze sociali, al nuovo sentire della coscienza popolare, in virtù di una sua lentissima ed unitaria trasformazione intelligibile al giurista più che al legislatore. Fondate su premesse teoriche che risultavano a fine Ottocento prive di ogni fondamento formale (basti pensare alla visione di un legislatore non legittimato ad intervenire sui principi del diritto privato codificato), tali distinzioni caratterizzarono tutto il dibattito sulla 'questione giuridica' delle relazioni tra il 'diritto degli infortuni' e l'istituto della responsabilità di diritto comune.

L'approvazione della legge del 1898 non vinse tali schemi divisorii che caratterizzarono ancora a lungo le letture della civilistica. La fragilità teorica di un'interpretazione della legge sugli infortuni tutta impostata all'interno di un solo versante dei poli di dette opposizioni non spinse verso ampi ripensamenti delle relazioni tra il diritto comune ed i nuovi sistemi della responsabilità, tra responsabilità ed assicurazione. Il dibattito più significativo che coinvolgeva tali aspetti, quello sulla natura eccezionale o meno (e dunque sulla possibilità di una interpretazione estensiva e analogica) della legge del 1898 ⁽³⁾, coinvolse in maniera ampia solo la giurisprudenza, nel disinteresse pressoché completo della dottrina. Le letture della legge sugli infortuni si svilupparono pertanto attraverso analisi esegetiche contenute nei 'commentari' destinati ai pratici: analisi 'teorico-pratiche' che, divenute sempre più di tipo settoriale e specialistico, erano sempre di più dimentiche della possibilità di connettere le disposizioni in esame entro un quadro ampio di riferimenti ⁽⁴⁾. Ad indirizzare la letteratura in tal senso erano ancora

⁽³⁾ Si cfr. sulla questione *infra* (terzo paragrafo di questo capitolo).

⁽⁴⁾ Cfr. A. SALVATORE, *Legge e regolamento per gli infortuni degli operai sul lavoro con note e tabelle esplicative ad uso degli industriali e degli uomini di legge*, Milano, Hoepli, 1900; A. AGNELLI, *Commento alla legge sugli infortuni del lavoro*, Milano, Soc.

le irrisolte questioni sul carattere privatistico o pubblicistico, giuridico o sociale della legge; erano ancora le antiche certezze 'divisorie'.

Nel 1913, introducendo la sua nota raccolta di interventi in materia di infortuni sul lavoro, Francesco CARNELUTTI esprimeva tutta la sua insoddisfazione per tale stato della dottrina giuridica. « È ora di smettere — affermava, ponendo al centro dell'attenzione il perdurare di tali separazioni — di considerare il diritto degli infortuni come una specie di terra infeconda, la quale non meriti il lavoro dei maestri. È tempo di snebbiare questa comoda imprecisione intorno al carattere privatistico o pubblicistico del suo contenuto... » (5). Le pagine di Carnelutti si presentano in effetti come una decisa opposizione alle incertezze riguardanti la natura giuridica delle leggi sociali: propongono una consapevole apertura della sistematica civilistica all'influenza dell'intervento 'speciale' dello Stato e l'abbandono degli schemi divisorii tra giuridico e sociale, tra privato e pubblico, tra norme transitorie e norme immutabili.

Nelle pagine di Carnelutti abbiamo una sorta di confluenza tra due filoni interpretativi: quello giuridico-civilistico che aveva mirato a trasformare la responsabilità civile dal suo interno e quello che aveva puntato sull'intervento legislativo. Si tentava una sintesi tra discorsi che si erano mossi su piani diversi: uno su quello unitario dell'espansione del sistema, l'altro percorrendo la via 'necessaria' della legge di utilità sociale. L'intento era quello di ricongiungere i

ed. Libreria, 1905; G. BORTOLOTTO, *Commento al testo unico della legge per gli infortuni sul lavoro* (R.D. 31 gennaio 1904, n° 51), Napoli, Pietrococola, 1904; F. COCITO, *Commento alla legge degli infortuni sul lavoro*, Torino, UTE, 1905; G. PATERI, *Gli infortuni sul lavoro. Studio teorico pratico della legge 31 gennaio 1904 n. 51 (testo unico) e del relativo regolamento 31 marzo 1904*, Torino, Bocca, 1910; G. SOSSI-B. VALORI, *Gli infortuni sul lavoro. Commento teorico-pratico alle leggi ed ai regolamenti*, Firenze, Amministrazione della 'Biblioteca di Legislazione Amministrativa', 1911 (2. ed.); S. RAMERI, *Infortuni sul lavoro, Commento alla legge e al regolamento sugli infortuni del lavoro*, Torino, Lattes, 1912.

Per una considerazione più articolata delle questioni occorre considerare A. SACHET, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail* (4. ed.), Paris, Larose & Forcel, 1906; e, in Italia, soprattutto F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)*, Roma, Athenaeum, I, 1913; II, 1914 e, sulla sua scia, G. M. BALDI, *Il diritto degli infortuni e il problema politico (Studio per un sistema del diritto degli infortuni)*, in *Diritto e pratica commerciale*, XI, 1932, pp. 153/172; 253/274; 337/352.

(5) F. CARNELUTTI, *Introduzione a Infortuni sul lavoro*, cit., I, p. VIII.

discorsi specialistici dei pratici e quelli dei « maestri » della dottrina civilistica, di riuscire ad inquadrare le nuove figure introdotte dal legislatore nell'ambito del diritto comune. Il modello della responsabilità scaturente dalla legge speciale è presentato non a caso come un « indice di una generale tendenza a un nuovo orientamento giuridico nel campo della responsabilità » (6), contiene tra le sue pieghe i germi fecondi di un nuovo diritto (7), non rappresenta « il riconoscimento giuridico di una necessità isolata ed anomala » ma si inserisce all'interno « di un movimento giuridico e di una tendenza legislativa più ampia e favorita dal pensiero moderno » (8). La scelta del legislatore del 1898 è posta sulla stessa linea del dibattito civilistico mirante ad estendere i confini della responsabilità, con le reazioni all'assolutezza del principio dell'imputabilità per colpa, con quella « ribellione » dei giuristi contro il « fatalismo » contenuto nella massima *casus a nullo praestantur* che, a dire di Carnelutti, generò le diverse nuove ricostruzioni della civilistica: da quelle estreme della causalità pura a quelle intermedie dell'agire a proprio rischio, alle forme di responsabilità obiettiva individuate, nella lettura degli articoli 1153 e seguenti, in sostituzione delle insostenibili presunzioni di colpa (9).

La sintesi è tanto più necessaria, quanto più inappaganti a Carnelutti appaiono gli schemi dicotomici su cui si era fondata dapprima la preparazione e poi l'interpretazione della legge sugli infortuni. « Il fenomeno giuridico e il fenomeno economico-politico — scrive — non sono due cose essenzialmente diverse, ma sono la stessa cosa considerata da diversi punti di vista. Nulla di più vero che la legge degli infortuni sia stata ispirata da necessità economico-politiche: ma nulla di più vero anche che essa è il prodotto o l'espressione *giuridica* di queste necessità sociali » (10). I muri divisorii posti a salvaguardia del nucleo 'vero' del giuridico debbono

(6) F. CARNELUTTI, *Criterii d'interpretazione della legge su gli infortunii*, in *Infortuni sul lavoro*, cit., I, p. 37.

(7) F. CARNELUTTI, *Introduzione a Infortuni sul lavoro*, cit., I, p. XIV.

(8) F. CARNELUTTI, *Criterii d'interpretazione della legge su gli infortunii*, in *Infortuni sul lavoro*, cit., I, pp. 32/33.

(9) *Ibidem*, pp. 33 e ss..

(10) *Ibidem*, p. 20.

cadere di fronte a tale semplice verità e aprire la strada verso la costruzione di un nuovo ed ampio sistema.

In tale impostazione la permanente tensione civilistica verso l'unità del sistema nella ricostruzione degli istituti scende a patti con il provvedimento giuridico-sociale del legislatore: ne nasce un compromesso che si sforza di far coincidere i risultati legislativi con quelli emergenti dalle proposte sistematiche civilistiche. Espressione di tale compromesso è la rivisitazione dottrinale operata da Carnelutti nei confronti del rischio professionale quale principio in grado di spiegare sia la responsabilità civile che l'assicurazione contro gli infortuni. Recentemente è stato osservato come con tale operazione Carnelutti costituisse un'indebita congiunzione di categorie diverse, un'estrapolazione del rischio professionale dal suo contesto originario; errore logico che ha generato, a partire da quelle pagine, una sorta di « falso storico » (11).

Le affermazioni di Carnelutti nascono da quel tentativo di sintesi tra i sistemi giuridici e la legge sociale cui abbiamo accennato sopra; rappresentano il compromesso necessario nascente dal riconoscimento della insopprimibile 'giuridicità' della legge sociale. La sintesi confonde le 'speranze' del sistema civilistico con le norme fornite dal legislatore ed unifica entro una comune strategia segni collocati lungo itinerari diversi: sono il frutto, forse inevitabile, di una strategia retorica del giurista che intende a tutti i costi continuare a parlare di sistema (12); un'illusione che, spesso conciliando

(11) Cfr. C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal Codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, (pp. 20-80) pp. 29; 45 e ss.. « ... risulta chiaro come Carnelutti abbia indebitamente inquadrato l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni nelle categorie della responsabilità civile e (...) abbia altresì altrettanto indebitamente estrapolato il principio del rischio professionale dal suo contesto originario, che ancora una volta era quello della responsabilità civile, affermandolo posto a fondamento giuridico dell'assicurazione obbligatoria ».

(12) Cfr. F. CARNELUTTI, *Introduzione a Infortuni sul lavoro*, cit., I, p. VIII: « È ora, veramente, di pensare al sistema. Non al sistema, chiuso, contenuto nell'ambito di questa legge speciale; ma al sistema più vasto, tessuto con tutti fili che legano l'istituto della responsabilità dell'imprenditore per l'infortunio professionale da un lato al contratto di lavoro, ond'essa germoglia, d'altro lato alle numerose leggi speciali, che crescono ogni giorno in Italia e si riuniscono per ora, disordinatamente, sotto il nome usuale di legislazione del lavoro ».

Com'è noto, lo scritto che in maniera più netta si oppone alla separazione tra un

l'inconciliabile, permette di poter ricongiungere ancora entro una logica unitaria le varieguate scelte 'particolari' del legislatore e l'ordine dei principi giuridici. In tale prospettiva, l'analisi di Carnelutti non è il punto di origine di una serie di successivi errori logici nella lettura delle relazioni tra il diritto speciale degli infortuni ed il diritto comune; rappresenta bensì il punto di arrivo di uno svolgimento storico che, nato dalle incertezze connesse al tramonto della costituzione privatistica, aveva generato una proliferazione di concetti, utilizzandoli in maniera differenziata nel diritto privato e nel pubblico, nel giuridico e nel sociale. Una vicenda che mostra i segni del conflitto tra scienza giuridica e legislatore e l'estremo tentativo di conservare ancora immutata la costituzione privatistica pur di fronte ai crescenti interventi legislativi.

Il rischio professionale aveva abbandonato, muovendosi lungo il crinale delle opposizioni tra pubblico e privato, tra giuridico e sociale, il diritto civile e la responsabilità, settore in cui era stato dapprima teorizzato, per approdare ad essere il fondamento di una regola, quella dell'assicurazione, ritenuta solo sociale, pubblicistica, pacificatrice; una regola non realmente giuridica. La negazione della divisione, il rifiuto delle dicotomie nella lettura della legge degli infortuni conduce Carnelutti alla riunificazione di concetti diversi: quello originariamente utilizzato per estendere i confini della responsabilità dell'imprenditore e quello posto a fondamento della legge per l'assicurazione obbligatoria per gli infortuni.

Cerchiamo di seguire dunque la vicenda che sta dietro a quel compromesso: già conosciamo il versante dei sistemi della civilistica per far fronte al problema degli infortuni; si tratta ora di seguire il versante 'particolare' dell'affermarsi della legge speciale, ascoltando le proposte ed i dibattiti che accompagnarono il lungo *iter* della legge.

Non si tratta — come vedremo — di un percorso lineare:

modello di diritto privato dogmaticamente 'puro', ma sempre più staccato ed isolato dall'accrescersi di una legislazione sociale di stampo pubblicistico, è quello di O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), Frankfurt am Main, Klostermann, 1943; sulla cui scia, in specifico riferimento al settore degli infortuni sul lavoro, si cfr. J. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, cit.; W. GITTER, *Schadenausgleich im Arbeitsunfallrecht. Die soziale Unfallversicherung als Teil des allgemeinen Schadensrechts*, Tübingen, Mohr, 1969.

prospettive opposte si fronteggiano, dando spesso luogo a transazioni più apparenti che reali, punti di incontro in cui ogni schieramento scorge la completa affermazione della propria visione. A rendere aspro il dibattito, difficile il raggiungimento di un accordo è lo scontro tra due mentalità, tra due diverse visioni del giuridico: è, in fondo, la questione del valore dei principi codificati a fronte del volere del legislatore; è lo scontro tra le due opposte strategie che abbiamo visto caratterizzare il pensiero dei giuristi sin dal primo confronto dei 'segni del mutamento' col diritto comune civilistico (13).

Consideriamo però, prima di seguire la vicenda parlamentare della legge, un percorso più lineare: quello del rischio professionale così come emerge dagli scritti giuridici che ebbero maggior fortuna e più influenzarono il dibattito parlamentare italiano e le analisi successive dei commentatori della legge.

Lo spostamento della categoria del rischio professionale dalla responsabilità civile all'assicurazione fu operato, in realtà, negli anni Novanta dagli stessi autori che con maggiore ampiezza lo teorizzarono in Italia: Guido Fusinato e Carlo Francesco Ferraris (14).

Nel 1887 Guido Fusinato pubblica una monografia dal titolo *Gli infortuni del lavoro e il diritto civile* (15). Partendo dall'argomento 'speciale', l'autore giunge a porre in discussione l'intera struttura del contratto di lavoro e fa emergere una possibile nuova configurazione della responsabilità civile. Lo scritto indica il punto più avanzato del dibattito privatistico sul tema degli infortuni e, nello stesso tempo, un punto di svolta: la teoria del rischio professionale ivi contenuta verrà assunta infatti negli anni successivi a

(13) Cfr. *infra* capitolo quarto.

(14) Cfr., per tutti, per il riferimento costante alle tesi di Fusinato e Ferraris in argomento di rischio professionale, T. BRUNO, *Infortunio sul lavoro*, in *Digesto italiano*, XIII, 1, 1907 (la voce è datata però maggio 1904), (pp. 773-855) pp. 782 e ss..

In generale sulle argomentazioni più ricorrenti nel dibattito sugli infortuni tra Otto e Novecento si cfr. ora L. GAETA, *La nascita della tutela antinfortunistica nelle enciclopedie giuridiche di inizio secolo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, XI, 1989, pp. 449-499.

(15) G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile* (in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, III, 2, 1887) poi in Id. *Scritti giuridici*, Torino, Bocca, 1921, vol.II, pp. 27-99.

fondamento della necessità di indirizzare la questione degli infortuni fuori dal diritto civile verso il diritto pubblico. Una scelta in parte insita in alcune ambiguità che caratterizzavano lo scritto di Fusinato⁽¹⁶⁾ e resa esplicita soprattutto dagli svolgimenti che al tema degli infortuni darà Carlo Francesco Ferraris.

Ispirandosi alla teorica dell'internazionalista — « lo mio maestro e lo mio autore, per la parte giuridica, in questa materia »⁽¹⁷⁾ —, Ferraris condurrà il tema del rischio professionale dal terreno del diritto privato a quello del diritto pubblico, dal settore 'giuridico' della responsabilità a quello 'puramente sociale' dell'assicurazione.

Lo scritto di Fusinato è pensato come un contributo al legislatore, come richiesta di un'indispensabile « soluzione legislativa »⁽¹⁸⁾. Non si intende 'forzare' l'interpretazione di alcuna norma del Codice, risolvere i nuovi conflitti attraverso un'elasticizzazione degli antichi principi, né tanto meno far riferimento nel giuridico a dati economici e sociali⁽¹⁹⁾. La soluzione prospettata è dunque *de jure condendo*, non ha né gli ardimenti di un sistema iconoclasta 'alla Venezian', né persegue l'intento di operare aggiustamenti interpretativi nel senso richiesto da uno Schupfer o da un Chironi; quel che ci importa però è che il discorso si muove nel diritto privato.

La *pars destruens* del discorso, fondata su una rigorosa analisi di diritto positivo, si articola seguendo senza alcuna innovazione la scia delle critiche avanzate per negare le interpretazioni civilistiche che

⁽¹⁶⁾ Su ciò abbiamo insistito in G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, cit., pp. 191 e ss.

⁽¹⁷⁾ C. F. FERRARIS, *L'assicurazione obbligatoria e la responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, Roma, Botta, 1889, p. 4 nota. Il testo rappresenta la relazione di Ferraris alla Commissione consultiva sulle istituzioni di previdenza e sul lavoro.

⁽¹⁸⁾ G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, cit., p. 95.

⁽¹⁹⁾ In tutto lo studio è presente uno stridente contrasto tra un'analisi in alcuni punti estremamente spregiudicata delle relazioni lavoristiche ed il permanere di antiche certezze di purezza del giuridico: « primo compito del giureconsulto — si afferma — è quello di studiare l'argomento esclusivamente dal punto di vista giuridico, e al di fuori di ogni preoccupazione estranea. Faccia altrettanto dal canto suo l'economista » (*ibidem*, p. 95). Una scelta per una divisione radicale utilizzata come cardine del discorso — così come aveva fatto Chironi — per negare le deroghe al diritto comune insite negli argomenti 'sociali' dei fautori dell'inversione dell'onere della prova, per distinguere tra un intervento dello Stato « a pro delle classi sofferenti », a tutela della « condizione tristissima degli operai colpiti da infortunio », e la questione giuridica (*ibidem*, p. 47).

avevano tentato di risolvere il problema degli infortuni superando i rigorosi termini posti dagli articoli 1151 e seguenti ⁽²⁰⁾. Più interessante è, invece, la *pars construens*. Occorre intervenire modificando le norme che regolano la 'locazione d'opere', quel settore in cui « lo stato del diritto non ha fatto nessuno progresso dal diritto romano ad oggi » ⁽²¹⁾.

Occorre risolvere il problema *nel* diritto civile attraverso un intervento legislativo volto a trasformare istituti giuridici non più corrispondenti alla « progredita coscienza giuridica » di cui il giuriconsulto — « che non creda esaurita l'opera sua nello stretto recinto dell'interpretazione dei Codici » ⁽²²⁾ — si fa interprete.

Una tutela efficace degli operai colpiti da infortunio potrà dunque aversi solo « creando obblighi di risarcimento anche quando non esiste la colpa »: occorre — afferma — « una dottrina, la quale escluda quanto più è possibile dalla controversia giuridica la questione della ricerca della colpa, fondando sopra un altro concetto l'obbligo del risarcimento » ⁽²³⁾. A spingere verso la richiesta di una modificazione dei principi del diritto privato è soprattutto la nuova

⁽²⁰⁾ Fusinato è estremamente critico nei confronti delle soluzioni sino ad allora avanzate sul tema: si oppone alla teoria dell'inversione dell'onere della prova (volta ad introdurre una deroga ingiustificata ai principi di diritto comune), respinge la teoria della responsabilità contrattuale del datore di lavoro (perché il contratto non è di per sé sufficiente a fondare la domanda dell'operaio), si oppone ad interpretazioni estensive della responsabilità extracontrattuale (ingiustificabili secondo la lettera della legge).

⁽²¹⁾ G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, cit., p. 31.

⁽²²⁾ *Ibidem*, p. 99.

⁽²³⁾ *Ibidem*, p. 71. In particolare il giurista deve affrontare senza mezzi termini la questione di quegli infortuni originati dal « caso fortuito », le ipotesi cioè in cui, stando al diritto vigente, si nega ogni risarcimento all'operaio infortunato in omaggio al principio *casus a nullo praestantur*. L'impossibilità di poter giungere nel diritto privato ad una soluzione « giusta » anche per questi infortuni è solo apparente: quel principio romanistico infatti non è senza eccezioni perché spesso è temperato da concrete ragioni di giustizia. Basti pensare alla presenza nel Codice di una disposizione come quella dell'articolo 1754 che, in tema di mandato, stabilisce l'obbligo del mandante di tenere indenne il mandatario d'ogni danno da questi sofferto anche nel caso in cui non gli si possa imputare alcuna colpa. La soluzione al problema degli infortuni può essere ottenuta proprio effettuando « una logica estensione » di quest'ultimo principio alla locazione di opere, dove si ripete, nelle medesime circostanze, la medesima posizione giuridica, la presenza di un soggetto agente « nell'interesse dell'altro » (*ibidem*, pp. 75/76).

realtà economica, la particolare situazione dell'operaio in fabbrica. L'industria « racchiude una causa perenne di pericolo »: gli infortuni, considerati nel loro complesso, non sono più degli « imprevedibili avvenimenti », ma « accessori inevitabili dell'industria che regolarmente si riproducono » (24). Il pericolo appare di fronte all'industria in una veste nuova: si ripete 'fatalmente', non può essere evitato ricorrendo alle tradizionali misure di prudenza e di prevenzione che possono essere ragionevolmente pretese dall'operaio e dal padrone. Completamente mutata è, del resto, la posizione in cui si trova nell'industria l'operaio di fronte alle cause degli infortuni: l'operaio è « un accessorio », « una dipendenza » delle macchine, « associato ai movimenti della macchina (...) diventa un organo di questa; organo intelligente senza dubbio, ma altrettanto incapace da solo quanto gli altri pezzi staccati della macchina stessa » (25).

Sviluppare nel diritto civile tali argomentazioni significa superare le anguste concezioni della *locatio operarum* e incrinare la rigidità delle conseguenze dei tradizionali principi della responsabilità per colpa: significa stabilire che il peso degli infortuni — quegli infortuni che avvengono a danno di un operaio « ridotto quasi come un automa » e che agisce nell'interesse dell'imprenditore — deve stare a carico dell'industria. I tradizionali confini tra responsabilità ed irresponsabilità dei singoli vanno dunque ridisegnati, perché l'industria ha mutato le capacità di scelta dell'operaio, rendendo irrilevante l'incidenza della sua « forza » e della sua « destrezza », della sua diligenza, ai fini della valutazione dell'evitabilità dell'incidente; rendendo vani, insomma, quei parametri cui i principi tradizionali di responsabilità facevano riferimento (26).

Ferraris utilizza gli argomenti di Fusinato come premessa necessaria per giungere all'assicurazione obbligatoria: giunti a questa,

(24) Cfr. G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, cit., p. 77.

(25) *Ibidem*, p. 78.

(26) Fusinato riassume la sua proposta nella formulazione del seguente articolo: « Tutti i capi d'intraprese industriali, commerciali od agricole sono obbligati a risarcire i danni provenienti ai propri operai da un infortunio che li colpisca durante il lavoro. Si liberano da tale obbligo provando che l'infortunio avvenne per un caso di forza maggiore indipendente dalla natura dell'impresa, o per una colpa grave della vittima stessa. È nullo e come non avvenuto qualunque atto che abbia per iscopo di eliminare o di diminuire tale obbligazione »: *Ibidem* p. 90.

il tenore del discorso si trasforma repentinamente ed ogni legame con la premessa civilistica in tema di responsabilità è reciso.

L'imprenditore, « colui che prescrive, in modo che direi dispotico, le condizioni in cui si esercita il lavoro, e normalmente si appropria di tutto il lucro dell'impresa, deve anche provvedere a che si rimuovano tutti i danni che possano derivare alla persona dell'operaio dall'esercizio del lavoro ». Tale rimozione consiste nella prevenire e nel riparare i danni. L'imprenditore deve guardare a ciò come ad un « rischio professionale »: egli « deve subire le conseguenze » anche di quelle ipotesi tradizionalmente classificate come caso fortuito e come colpa imputabile allo stesso danneggiato. Tutto ciò sconvolge gli ordinari criteri privatistici, sconvolge l'ordine tradizionale del discorso del civilista sulla responsabilità; ma proprio per questo, a dire di Ferraris, non esiste più alcuna attinenza con il diritto civile. La nuova situazione è solo la premessa per sostituire « ad un responsabilità le cui conseguenze sono note e spesso assai gravi » l'obbligo pecuniario « fisso e noto » del pagamento dell'assicurazione obbligatoria (27).

Qualche anno dopo, nel pieno delle discussioni parlamentari volte a definire il legame tra l'assicurazione obbligatoria ed il principio della responsabilità, Ferraris è oramai completamente dimentico delle 'premesse civilistiche' anteposta al suo discorso sul rischio professionale. Il nuovo principio ha una spendibilità limitata al solo campo sociale, pubblicistico, previdenziale, non ha alcuna relazione

(27) C.F. FERRARIS, *L'assicurazione obbligatoria e la responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, pp. 6 e ss.. In questo primo scritto del 1889 Ferraris dichiara di accettare (nel caso in cui il sistema dell'assicurazione obbligatoria non venga accolto) un sistema antinfortunistico ispirato alla proposta legislativa (formulata nell'articolo che abbiamo riportato nella nota precedente) di Fusinato. Ben presto di questo residuo riferimento ad una possibile incidenza sui meccanismi privatistici della responsabilità non rimarrà più alcuna traccia. Accogliendo il sistema dell'assicurazione obbligatoria, a dire di Ferraris, si ha infatti il vantaggio di far 'scompare' del tutto le questioni legate alla responsabilità. Gioca chiaramente un ruolo decisivo nella scelta di Ferraris l'ampio riferimento al modello tedesco: cfr. C.F. FERRARIS, *L'assicurazione degli operai in Germania*, in *Nuova Antologia*, XXII (terza serie), fasc. XVI (16 agosto 1889), pp. 724-758) ove i vantaggi del sistema dell'assicurazione obbligatoria sono contrapposti ai « cavilli e ai sotterfugi », alle « alterazioni nelle ordinarie norme giuridiche », alle « liti e alle lotte » e al « nuovo seme di malumore e di odio fra padroni ed operai » proprio della soluzione civilistica della questione degli infortuni.

col principio della responsabilità; anzi, qualsiasi indebita connessione tra i due mondi è da respingere perché crea solo confusione. L'affermazione piena del principio del rischio professionale si può avere solo fuori dalla logica civilistica, solo in netta alternativa ad essa. Non a caso Ferraris è molto deciso nel condannare quanti si ostinano a ritenere possibile un fondamento civilistico della teoria del rischio professionale: le interpretazioni estensive degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile, sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza ricorrendo a qualche « miserabile spediente », sono elaborazioni intellettuali incapaci di comprendere una realtà sociale irriducibile entro i tradizionali modelli: « la togata tranquillità di quei signori magistrati li rende inetti a concepire, a immaginare il fervore della produzione industriale a base meccanica, che nella sua irresistibile forza tutti doma e trascina » (28).

Il concetto di rischio professionale fa entrare l'industria all'interno di un mondo giuridico completamente diverso: scompare il caso fortuito; scompare il peso del danno a carico dell'operaio anche nell'ipotesi in cui questi se lo cagioni per una sua colpa; scompaiono in sostanza i cardini tradizionali del concetto di responsabilità. Ma è proprio questa distanza dal concetto tradizionale di responsabilità ad esigere che si abbandoni completamente il diritto comune e non si parli più di responsabilità anche nei confronti dell'imprenditore. Giuridicamente la colpa civile dell'imprenditore non può più esistere: quell'imprenditore che, per la teoria del rischio professionale, è « inevitabilmente, permanentemente, perennemente in colpa civile », che « crea l'impresa diventa *ipso facto et ipso jure* colpevole degli infortuni che si avverano », che è « colpevole pel solo fatto di essere imprenditore » (29), è così distante con questa sua 'colpa permanente' dalle figure sottoposte alla responsabilità di diritto comune che sarebbe assurdo continuare ad invocare, sia pure parzialmente, nei suoi confronti ancora i criteri della responsabilità.

Il rischio professionale ha, dunque, un effetto negativo più che positivo: rende impossibile il riferimento alla responsabilità (30);

(28) C.F. FERRARIS, *Gli infortuni sul lavoro e la legge*, (Relazione al consiglio di previdenza. Consiglio della previdenza 1887) Roma, Botta, 1897, pp. 39 e ss..

(29) *Ibidem*, p. 47.

(30) *Ibidem*, pp. 47 e 48: « Il vero e proprio principio del rischio professionale

instaurare un qualsiasi collegamento tra rischio professionale e responsabilità conduce ad un « concetto monco e meschino », un concetto ingiusto perché pone a carico dell'imprenditore le conseguenze di ipotesi in cui « niuno sforzo d'ingegno può dimostrare che *giuridicamente* esista responsabilità » (31). Continuare a far riferimento alla responsabilità dell'imprenditore in caso di una sua colpa grave significa dunque creare « un privilegio giuridico a favore degli operai », significa accettare « una riprovevole offesa alla giustizia », lasciar prevalere gli « elementi socialisti, i quali osteggiano le riforme sociali per sedurre più facilmente le masse alla rivolta contro l'attuale ordinamento economico sociale » (32).

Il concetto di rischio professionale che pareva infrangere le dicotomie tra purezza del giuridico e sociale viene dunque utilizzato solo in relazione a quella netta separazione: esso non 'crea' un nuovo modello di giuridicità, perché è considerato senza contatti col modello giuridico (33). Il rischio professionale non è la teoria capace di colpire i pilastri fondamentali della responsabilità per colpa, ma è semplicemente il presupposto dell'assicurazione, lo strumento pubblicistico che garantisce sempre un'indennità all'operaio infortunato. Ogni possibile incidenza delle teorie coniate in campo infortunistico sui principi della responsabilità è lasciata cadere: il rischio professionale appartiene ad un ambito sociale, giuspubblicistico, considera fatti — regolari fatalità mostrate dalle leggi della statistica — che sfuggono alla rigidità di principi giuridici individualistici e che sono dominabili solo entro l'ottica sociale del contratto d'assicurazione.

esclude la responsabilità nel senso del diritto comune: esso è la negazione del principio della responsabilità, e porta come sua necessaria conseguenza il principio dell'assicurazione»; « L'infortunio sul lavoro è conseguenza inevitabile dell'industria. Il caso fortuito, la forza maggiore, la colpa dell'operaio, la colpa dell'imprenditore sono inseparabili dall'industria (...). quindi l'industria non può essere responsabile, nel senso giuridico della parola, dell'infortunio per motivo di quelle circostanze, senza delle quali non si può concepire neppure idealmente: non può essere resa responsabile di avere fra le condizioni di vita anche eventuali imperfezioni, pericoli, sofferenze, disastri ».

(31) C.F. FERRARIS, *Gli infortuni sul lavoro e la legge*, cit., p. 49.

(32) *Ibidem*, p. 73.

(33) L'invito esplicito è non a caso quello di « tagliar corto con tutte queste cagioni di dissidi sociali ed adottare francamente la soppressione della responsabilità civile nei casi normali »: C.F. FERRARIS, *Gli infortuni sul lavoro e la legge*, cit., p. 56.

Qualsiasi commistione tra i due ordini è fonte di iniquità e di incomprensioni: con la responsabilità civile, con gli strumenti puramente giuridici, infatti, non si è in grado di leggere in modo adeguato la nuova realtà, quel mondo dell'industria che esige non il riferimento a certezze fuori dal tempo, ma soluzioni non dispendiose, socialmente efficienti per il maggior numero possibile di casi ⁽³⁴⁾. Il concetto di rischio professionale era, insomma, e proprio stando a quanto dicevano coloro che lo avevano diffuso in Italia ⁽³⁵⁾, incapace di abbattere la dicotomia tra privato e pubblico, tra giuridico e sociale: la sua diversità, non gli permetteva di agire sulla responsabilità, sul diritto civile, sul giuridico e lo costringeva entro

⁽³⁴⁾ In quest'ottica, Ferraris si oppose decisamente a coloro che durante il dibattito parlamentare proposero di conciliare il meccanismo dell'assicurazione obbligatoria con quello tradizionale della responsabilità, facendo permanere la colpa grave del datore di lavoro: « È un'illusione, non si può conciliare l'inconciliabile ». Dopo aver in maniera così decisa predicato la divisione netta tra responsabilità ed assicurazione, è però lo stesso Ferraris a proporre il compromesso tra le diverse tendenze che, accolto nel progetto di legge Guicciardini, diventerà con una lievissima modificazione il testo della legge: resta la responsabilità civile verso il danneggiato quando il fatto che ha causato l'infortunio sia accertato con « sentenza penale passata in giudicato » (cfr. C.F. FERRARIS, *Gli infortuni sul lavoro e la legge*, cit., pp. 74 e ss.). La soluzione — che suscitò le vibranti proteste di quanti non riuscivano a comprendere l'esigenza di tenere diviso il rischio professionale dai principi del diritto comune — lasciò perplessi soprattutto coloro che, aderendo alla logica della netta separazione tra principio sociale dell'assicurazione e principi giuridici della responsabilità, non capivano come si potesse in base al richiamo al Codice penale giungere a 'conciliare' quanto lo stesso autore proclamava assolutamente inconciliabile. In tal senso le critiche più aspre verso 'la trovata' del « professore », posta poi a fondamento della legge, erano avanzate da Bruno Chimirri. Sulla questione si cfr. *infra* nel prossimo paragrafo.

⁽³⁵⁾ È significativo che lo stesso Fusinato durante il dibattito parlamentare appaia soprattutto preoccupato di rendere priva la teoria che egli aveva sostenuto di reali incidenze nel diritto privato: tutto preso dalla polemica contro i socialisti, Fusinato è tra quanti prospettano un diritto privato possibile solo se perfettamente uguale, simmetrico, e aderisce pertanto alla linea di quanti ritenevano inconciliabile la prospettiva sociale del rischio professionale con la logica giuridica della responsabilità.

Sul punto cfr. il cenno *infra* (nota 88) alla posizione assunta da Fusinato durante la discussione della legge, nonché G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro alla Camera dei deputati* (in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, III, 2, 1887) poi in *Id.*, *Scritti giuridici*, Torino, Bocca, 1921, vol. II, pp. 525-550; G. FUSINATO, Recensione a C.F. FERRARIS, *Gli infortuni sul lavoro e la legge* (Roma, 1897), in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXV, 1, aprile 1898, pp. 115-118.

un suo ambito particolare senza contatti con quello comune. Tale logica della separazione permetteva di fornire provvedimenti sociali senza affrontare il problema del loro fondamento giuridico, quello del loro coordinamento con i principi tradizionali; nello stesso tempo, le finzioni che spingevano a trascurare le effettive conseguenze 'giuridiche' dell'intervento legislativo 'sociale', riuscivano a dare ancora l'effimera illusione di una costituzione privatistica rimasta intatta.

2. *La nascita del modello transattivo: responsabilità ed assicurazione obbligatoria nella legge sugli infortuni del 1898.*

L'iter parlamentare della legge sugli infortuni sul lavoro fu particolarmente travagliato: il primo progetto fu presentato alla Camera dei Deputati durante la seconda sessione della tredicesima legislatura (il 27 novembre del 1878), mentre la legge fu approvata soltanto nella prima sessione della ventesima legislatura (L. n. 80 del 17 marzo 1898). In tale lasso di tempo furono presentati nell'uno e nell'altro ramo del Parlamento ben dieci progetti di legge ⁽³⁶⁾, quasi

⁽³⁶⁾ Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Legislatura XIII, 2. sessione, Doc. n. 191 (Proposta di legge del deputato Pietro Pericoli), presentata il 27 novembre del 1878; *Ibidem*, Leg. XIV, 1. sess., Doc. n. 75: Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Minghetti, Luzzatti, Villari e Sonnino (presa in considerazione nella tornata del 9 giugno 1880); *Ibidem*, Leg. XIV, 1. sess., Doc. n. 215: Disegno di legge presentato dal Ministro di agricoltura, industria e commercio (Berti) di concerto col Ministro di grazia e giustizia e dei culti (Zanardelli) nella tornata del 28 giugno 1881; *Ibidem*, Leg. XV, 1. sess., Doc. n. 73: Disegno di legge presentato dal Ministro di agricoltura, industria e commercio (Berti) di concerto col Ministro di grazia e giustizia e dei culti (Zanardelli) nella tornata del 19 febbraio 1882; *Ibidem*, Leg. XVI, 4. sess., Doc. n. 116: Disegno di legge presentato dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Miceli) l'8 febbraio 1890; *Atti Parlamentari, Senato del Regno, Documenti*, Legislatura XVII, 1. sessione, Doc. n. 33: Progetto di legge presentato da Ministro di Agricoltura, Industria e commercio (Chimirri), il 13 aprile 1891; *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Legislatura XVIII, 1. sessione, Doc. n. 83: Disegno di legge presentato dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Lacava) il 1 dicembre 1892; *Ibidem*, Leg. XVIII, 2. sess., Doc. n. 16: Disegno di legge presentato dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Barazzuoli) (è la riproposizione nella nuova sessione del disegno di legge n. 83); *Ibidem*, Leg. XIX, 1. sess., doc. n. 60: Disegno di legge presentato dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Barazzuoli) il 13 giugno 1895; *Atti Parlamentari, Senato del Regno, Documenti*, Leg. XX, 1. sess., Doc. n. 16: Disegno di

tutti di iniziativa governativa; tre di questi furono discussi ed approvati da una sola delle due Camere senza riuscire a raggiungere l'approvazione da parte dell'altra ⁽³⁷⁾. Ad essi si affiancarono ben undici relazioni delle Commissioni della Camera o dell'Ufficio Centrale del Senato del Regno ⁽³⁸⁾, alcune delle quali tanto contrastanti

legge presentato dal Ministro di agricoltura, industria e commercio (Guicciardini) nella tornata del 13 aprile 1897.

⁽³⁷⁾ Si tratta del progetto Berti (Doc. n. 73; leg. XV., 1. sess.) discusso alla Camera dei deputati a partire dal 13 maggio 1885 ed approvato il 15 giugno 1885 (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, leg. XV, 1. sess., pp. 13642 e ss.). Presentato poi, il 17 giugno 1875, al Senato da Grimaldi (*Atti Parlamentari, Senato del Regno, Documenti*, leg. XV, 1. sess., Doc. n. 209), ma qui la discussione non riuscì a giungere al termine (cfr. *Atti Parlamentari, Senato del Regno, Discussioni*, Leg. XV, 1. sess., tornate del 7/8/9/10/11/12 aprile 1886, pp. 4880 e ss.). Il progetto Chimirri (Leg. XVII, 1. sess., Doc. n. 33) raggiunse invece l'approvazione solo al Senato (fu approvato il 3 marzo 1892 con 70 voti favorevoli contro 21 contrari ed 1 astenuto). Cfr. *Atti Parlamentari, Senato del Regno, Discussioni*, (Leg. XVII, 1. sess., tornate del 23/24/25/26/27/29 febbraio e 1/2/3 marzo 1892). Ripresentato alla Camera, il 26 marzo 1892, da Di Rudinì (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti*, Leg. XVII, 1. sess., Doc. n. 326) non fu mai discusso. Ed, infine, il disegno di legge Barazzuoli (Leg. XIX, 1. sess., Doc. n. 60) discusso alla Camera nelle tornate del 29/30 aprile; 1/2/12/13/14/15/16/20/22/23/24/26 maggio del 1896, fu approvato il 27 maggio con 136 voti favorevoli contro 83 contrari (cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, Leg. XIX, 1. sess., pp. 3693 e ss.). Il progetto approvato dalla Camera fu presentato al Senato da Guicciardini nella tornata del 28 maggio 1896 (*Atti parlamentari, Senato del Regno, Documenti*, Leg. XIX, 1. sess., Doc. n. 161) e discusso nel dicembre del 1896 (tornate dal 1 al 4 dicembre), ma fu poi ritirato dallo stesso Ministro Guicciardini il 18 dicembre 1896.

Il progetto che finalmente riuscì ad essere approvato fu quello presentato al Senato, ancora da Guicciardini, nella tornata del 13 aprile 1897 (*Atti parlamentari, Senato del Regno, Documenti*, Leg. XX, 1. sess., Doc. n. 16). Discusso al Senato nelle tornate del 30 giugno, del 1/2/3/4 luglio e approvato il 5 luglio del 1897 con 57 voti favorevoli contro 26 (cfr. *Atti parlamentari, Senato del Regno, Discussioni*, Leg. XX, 1. sess., pp. 983 e ss.), fu presentato alla Camera nella seduta del 7 luglio (Cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti*, Leg. XX, 1. sess., Doc. n. 146), discusso nel marzo del 1898 ed approvato con 172 voti favorevoli contro 60 contrari (cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, Leg. XX, 1. sess., tornate del 3/8/9/10/11/12 e 15 marzo, data in cui fu approvato).

⁽³⁸⁾ Cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti*, Leg. XV, 1. sess., Doc. 75-215 A: Relazione della Commissione (sul progetto di legge Minghetti...) presentata nella tornata del 24 novembre 1881 (relatore Ferdinando Berti); *Ibidem*, Leg. XV, 1. sess., Doc. n. 73 A: Relazione della Commissione (su disegno di legge Berti) presentata il giorno 8 del mese di aprile 1884 (relatore Chimirri); *Atti parlamentari, Senato del*

con il disegno di legge discusso da costituire dei veri e propri 'controprogetti'.

Tale lungo periodo di gestazione della legge sugli infortuni è — nelle stesse relazioni che accompagnano i progetti di legge successivi al 1890 — comunemente diviso in due sottoperiodi: quello della responsabilità, della « responsabilità esasperata » (comprende i progetti di legge sull'inversione dell'onere della prova) e quello dell'assicurazione obbligatoria. Tra i due sottoperiodi si è soliti delineare una netta cesura: il passaggio dall'una all'altra fase è rappresentato come un vero e proprio ingresso in una nuova dimensione. Alle controversie, alle litigiosità, ai formalismi, alla 'guerra' scaturenti dall'applicazione della « responsabilità esasperata » si passa alla conciliazione, alla pacificazione, alla pace, propria dell'assicurazione; dal diritto privato si passa al diritto pubblico; dalla ricerca di una legge volta a risolvere il problema degli infortuni operando sui principi giuridici si passa alla individuazione di una soluzione sociale equa per un problema irriducibile nei termini del diritto; dal giuridico si passa al sociale ⁽³⁹⁾. Ritroviamo, in sostanza gli stessi termini

Regno, Documenti, Leg. XV, 1. sess., Doc. n. 209 A: Relazione dell'Ufficio centrale del Senato (sul disegno Grimaldi) del 20 aprile 1886 (relatore Vitelleschi); *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Leg. XVI, 4. sess., Doc. n. 116 A: Relazione della Commissione (sul disegno di legge Miceli) del 7 giugno 1890 (relatore Chimirri); *Atti Parlamentari, Senato del Regno, Documenti*, Leg. XVII, 1. sess., Doc. n. 33 A: Relazione dell'Ufficio Centrale sul (progetto di legge Chimirri) del 19 febbraio 1892 (relatore Auriti); *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Leg. XVIII, 1. sess., Doc. n. 83 A: Relazione della Commissione (sul progetto di legge Lacava) del 5 maggio 1893 (relatore Pasquali); *Ibidem*, Leg. XIX, 1. sess., Doc. n. 60 A: Relazione della Commissione (sul disegno di legge Barazzuoli) del 4 dicembre 1895 (relatore Chimirri); *Atti Parlamentari, Senato del Regno, Documenti*, Leg. XVII, 1. sess., Doc. n. 161 A e B: Relazioni dell'Ufficio Centrale del Senato (sul progetto di legge Guicciardini) del 10 luglio e del 16 dicembre 1896 (relatore Lampertico); *Ibidem*, Leg. XX, 1. sess., 16 A: Relazione dell'Ufficio Centrale del Senato (sul disegno di legge Guicciardini) del 22 giugno 1897 (relatore Vacchelli); *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Leg. XX, 1. sess., Doc. n. 146 A: Relazione della Commissione (sul progetto di legge Guicciardini) del 10 febbraio 1898 (relatore Gianolio).

⁽³⁹⁾ Gioca naturalmente un ruolo preponderante nel sostenere tali distinzioni il riferimento — che è costante in tutte le relazioni a partire dal 1890 — al modello 'esclusivamente pubblicistico' delle leggi sociali approvate in Germania negli anni Ottanta: la *Krankenversicherungsgesetz* del 1883, la *Unfallversicherungsgesetz* del 1884 e la *Alters- und Invaliditätsversicherungsgesetz* del 1889. Su queste leggi è qui sufficiente

di opposizione che abbiamo scorto poco più sopra in riferimento al concetto del rischio professionale applicato nel diritto civile o in solo collegamento con l'assicurazione obbligatoria.

È facile anche in questo caso individuare le molteplici fragilità teoriche sottese a tale netta contrapposizione in entrambi le sue principali articolazioni: la divisione tra pubblico e privato e quella tra sociale e giuridico. Il meccanismo 'pubblicistico' ispirato alle leggi tedesche degli anni Ottanta viene, infatti, ad incidere inevitabilmente anche su meccanismi 'privatistici', quanto meno nel senso della sottrazione all'aria del diritto privato di un suo settore rilevantissimo. L'entrata in gioco dell'assicurazione obbligatoria non è il semplice affiancarsi di uno stratagemma sociale e pubblicistico ad un meccanismo giuridico/privatistico capace di restare del tutto inalterato. La responsabilità è, in seguito a quell'intervento, ridisegnata e articolata diversamente, o quanto meno ottiene nuovi confini. Anche l'altra netta distinzione, quella tra giuridico e sociale, non ha solide fondamenta. I due aspetti sono infatti inscindibili sia da un punto di vista sostanziale — i principi della responsabilità, indicati come puramente giuridici, sono regole di relazioni sociali e sono inevitabilmente intrisi di socialità —, sia da un punto di vista formale: la divisione sul carattere solo « giuridico » o solo « sociale » della legge sugli infortuni non si comprende, perché non si comprende un intervento legislativo sul sociale incapace di 'creare' anche diritto.

rinviare a E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 4., *Struktur und Krisen des Kaiserreichs*, Stuttgart, 1969, pp. 1201 e ss. e J. UMLAUF, *Die deutsche Arbeiterschutzgesetzgebung 1880-1890. Ein Beitrag zur Entwicklung des sozialen Rechtsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980. Nel dibattito tecnico sulla configurazione giuridica pubblicistica o privatistica delle assicurazioni sociali affiorano spesso nella dottrina tedesca, prevalentemente volta ad attribuire una natura giuridica esclusivamente pubblicistica alle assicurazioni sociali, le stesse certezze diffuse nel dibattito italiano riguardo all'impossibilità di un'incidenza diretta dei provvedimenti sociali sui dogmi privatistici. Sulla questione cfr. H. ROSIN, *Das Recht der Arbeiterversicherung. Für Theorie und Praxis systematische dargestellt*, Berlin, Guttentag, Bd. 1, 1893; Bd. 2, 1905 (in particolare Bd. I, pp. 255 e ss.); P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Tübingen, 1919 (Aalen, Scientia Verlag, 1969), (7. Auflage, bearbeitet von Otto Mayer), pp. 301 e ss.; W. LEWIS, *Lehrbuch des Versicherungsrechts*, Stuttgart, Enke, 1889, pp. 353 e ss.; A. MENZEL, *Die rechtliche Natur der Unterstützungsansprüche aus den Reichsgesetzen über die Kranken — und Unfallversicherungs der Arbeiter*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, I, 1889, pp. 327 e ss..

Rifiutare di prestare attenzione a tali contrapposizioni solo perché teoricamente 'erronee' non ci aiuterebbe però a comprendere le vicende della responsabilità nel periodo che ci interessa. È proprio lungo il filo di quelle contrapposizioni e finzioni che si poté giungere a nuove articolazioni della responsabilità civile; ed è in base a quelle finzioni e contrapposizioni che poté permanere comunque costante il riferimento all'unitarietà e all'intangibilità dell'istituto, anche nella situazione nascente, connotata dal disgregarsi progressivo della figura tradizionale della responsabilità civile nelle pieghe delle risposte particolari fornite alle nuove esigenze sociali.

Il dibattito sugli infortuni è, da questo punto di vista, un osservatorio privilegiato per considerare l'incrinarsi della costituzione privatistica: segna uno dei momenti più rilevanti del declino di quella mentalità che sorreggeva lo sforzo ricostruttivo della scienza giuridica 'progettuale' ottocentesca tutta volta, come abbiamo visto nelle parti precedenti, ad attuare in disegni sempre nuovi e comprensivi il sistema flessibile, variegato, ma allo stesso tempo 'immutabile', insito nei suoi principi giuridici unitari e comuni (40).

Le contrapposte visioni emergenti su 'il problema giuridico' (sul carattere giuridico o sociale, privatistico o pubblicistico della legge) diedero luogo alle controversie centrali del dibattito in tema di infortuni. Nelle scelte dei parlamentari naturalmente si possono leggere anche aspetti non immediatamente collegati alla 'questione giuridica' che qui ci interessa focalizzare: si può notare — come spesso è stato fatto — il carattere conservatore e paternalistico delle proposte, valutare la capacità di trasformazione delle condizioni delle classi subalterne, la volontà dei parlamentari di assecondare le richieste dei 'padroni' e di difendere le ragioni della grande industria; si può privilegiare la contrapposizione tra 'liberisti' e fautori dell'intervento dello Stato, tra i sostenitori dell'assicurazione libera e quelli dell'assicurazione obbligatoria; si può, in generale, utilizzare il

(40) Nel seguire i progetti e le discussioni parlamentari dell'*iter* della legge sugli infortuni avremo dunque presente lo stesso sfondo che ha accompagnato anche gli altri capitoli del nostro lavoro specificamente dedicati alla scienza giuridica. A parlare ora però sono i legislatori: sono loro che si confrontano con le 'immutabilità' del diritto comune civilistico, loro che articolano 'strategie', che creano finzioni nelle relazioni tra pubblico e privato, tra sociale e giuridico.

dibattito per verificare la tenuta del riformismo moderato della classe dirigente liberale ⁽⁴¹⁾. Aspetti questi considerati in genere più meritevoli di analisi, delle posizioni giuridiche 'scaturenti' da esse.

Qui intendiamo invece prestare fede alla 'originarietà' del dibattito giuridico, prendere per buona la sua centralità — quella che emerge, del resto, anche da un'analisi solo quantitativa delle argomentazioni presenti negli atti parlamentari — e accettare le perplessità sulle questioni giuridiche avanzate dai parlamentari senza considerarle immediata espressione di qualcosa di diverso. Considerando in tal modo il dibattito sulla legge sugli infortuni, le controversie sul fondamento giuridico o sociale dei nuovi provvedimenti finiscono per mostrarci un quadro più particolareggiato della trasformazione in atto nel giuridico (nella mentalità dei singoli operatori e nel loro modo di far riferimento ai principi fondamentali del diritto civile-comune) che abbiamo già intravisto scorrendo le pagine dei civilisti.

Costante fu in tutti i dibattiti parlamentari sulla legge degli infortuni lo scontro tra due mentalità: i deputati parlavano di « due scuole », di fautori della scuola giuridica e della scuola sociale, di sostenitori delle immutabilità del Codice e fautori della loro necessaria trasformazione a fronte delle nuove esigenze sociali ⁽⁴²⁾. Lo

⁽⁴¹⁾ Cfr. V. SELLIN, *Die Anfänge staatlicher Sozialreform im liberalen Italien*, Stuttgart, Klett, 1971; G. MONTELEONE, *La legislazione sociale al Parlamento italiano. Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile dei padroni 1879-1885*, in *Movimento operaio e socialista*, XXII, 1976, pp. 177 e ss.; G.C. JOCTEAU, *Le origini della legislazione sociale in Italia. Problemi e prospettive di ricerca*, in *Movimento operaio e socialista*, XXVIII, 1982, pp. 289 e ss.; G. GOZZI, *Legislazione sociale e crisi dello Stato di diritto Tra Otto e Novecento. Due modelli: Italia e Germania*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, X, 1984 (ora può essere letto, con delle sostanziali modifiche, in G. GOZZI, *Modelli politici e questione sociale in Italia e Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 181 e ss.); R. SCALDAFERRI, *Tecniche di governo e cultura liberale in Italia. Le origini della legislazione sociale (1879-1885)*, in *Ricerche di storia politica*, I, 1986, pp. 45 e ss..

⁽⁴²⁾ La contrapposizione tra la « scuola giuridica » ed i fautori della legge sociale — una posizione quest'ultima spesso fatta pienamente coincidere con un'esigenza di « conservazione sociale » — venne ampiamente diffusa anche al di fuori delle Aule parlamentari. Si cfr., ad esempio, come sono descritti sulle pagine della *Nuova Antologia* i fautori della « scuola giuridica »: essi — « riducendo il diritto ad un formulario (...), cristallizzandolo nelle vecchie formule che la dottrina e la scuola elaborarono nel diritto romano puro » — si oppongono « alla necessità di disciplinare con leggi le manifesta-

scontro è, come vedremo, solo in parte riconducibile a tale lineare opposizione tra intangibilità e riformabilità del Codice, perché assume connotati diversi nei due sottoperiodi del dibattito: nel passaggio dalla 'responsabilità esasperata' all'assicurazione obbligatoria scompariva infatti, a dire di molti parlamentari, qualsiasi possibilità di incidenza dei nuovi provvedimenti legislativi sul Codice, e dunque con essa scompariva la questione della modificabilità dei principi fondamentali codificati del diritto civile ad opera del legislatore. Una convinzione che spesso interveniva a viziare tutto il dibattito, capovolgendo e confondendo le contrapposizioni nette tra fautori della riformabilità e fautori dell'immutabilità dei principi del Codice.

Bruno Chimirri è il personaggio chiave di tutti i diversi dibattiti succedutisi nelle Aule Parlamentari in tema di infortuni ⁽⁴³⁾. Concentrando l'attenzione su di lui, si possono scorgere con nettezza alcune convinzioni che accompagnarono i parlamentari durante tutto l'*iter* della legge. Relatore nel 1884 della Commissione sul disegno di legge Berti sull'inversione dell'onere della prova e principale sostenitore del cosiddetto controprogetto della Commissione, Chimirri si caratterizzò con i suoi interventi nella prima fase del dibattito (quella fondata appunto sulla proposta dell'inversione dell'onere della prova) come uno strenuo difensore delle intangibilità del diritto comune.

Le disposizioni degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile —

zioni della vita moderna » e al problema degli infortuni « rispond[ono] con le vecchie formule, tentando di conciliarle ai tempi ». I fautori di questa scuola ricercano « la base giuridica, ma con il falso apriorismo, che non si possa immaginare diritto a base giuridica all'infuori del Codice civile ». Il dibattito sulla permanenza o meno, anche in presenza del meccanismo dell'assicurazione obbligatoria, della responsabilità per colpa grave nei confronti dell'imprenditore — uno dei punti centrali, come vedremo, dello scontro tra le 'due scuole' — è rappresentato come espressione degli espedienti utilizzati dai giuristi per non rinunciare ai loro dogmi: « La scuola giuridica, buttata alla porta è rientrata in malo modo per la finestra, turbando tutta l'economia della legge... » (R. RICCI, *Per gli infortuni del lavoro*, in *Nuova Antologia*, LXIII (quarta serie), f. 12 (16 giugno 1896), pp. 705-721, p. 708).

⁽⁴³⁾ Su Bruno Chimirri (Serra San Bruno, Cosenza, 1842- Amato, Cosenza, 1917) si cfr. G. ALIBERTI, *Chimirri, Bruno*, in *Dizionario biografico degli italiani*, XXIV, 1980, pp.781 e ss..

afferma — « sono più perfette e comprensive » di qualsiasi provvedimento di legislazione sociale. Tali norme, « perfette in sé come norme generali », possono, certo, di fronte a « casi specialissimi » dar luogo per la loro stessa generalità a particolari ingiustizie, ma non si deve ritenere, come fanno i fautori della legge speciale, che i provvedimenti per le mutate condizioni del lavoro debbano essere dati « deviando da quei principi » (44). Nelle prospettive dei fautori dell'inversione dell'onere della prova « fallace » è dunque soprattutto la collocazione giuridica privatistica della proposta: è, in diritto, assurdo ritenere possibile una modificazione legislativa della responsabilità comune; come è assurdo, del resto, ritenere che il problema possa essere risolto solo estendendo la responsabilità « oltre i limiti del diritto comune » (45). La legislazione sociale non viene dunque respinta in blocco: quello che più importa è collocarla lontano dal diritto civile, lontano dai principi comuni della responsabilità: « ogni deviazione da queste norme costituirebbe un privilegio a favore di una classe con detrimento dell'altra »; la « comune ragione giuridica », il criterio giuridico della responsabilità civile, non può determinarsi con « criteri subbiettivi attinti dalle condizioni sociali dell'offeso, ma deve sottostare alle norme del diritto comune ». Al di là di questa sfera intangibile, si possono però ricercare altre soluzioni: Chimirri guarda con favore all'assicurazione obbligatoria; sostiene i regolamenti di fabbrica, propone la creazione di un « ordinamento industriale » (il regolamento industriale — dice — è « la condizione indispensabile per poter esplicitare la responsabilità civile dei padroni e de' committenti in rapporto alle mutate condizioni del lavoro senza offesa dei principi generali che governano la materia dei fatti colposi ») (46).

Il deputato calabrese non si risparmia neanche nel corso del dibattito parlamentare e ripropone le distinzioni e le intangibilità

(44) *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Leg. XV, 1. sess., 73 A: Relazione della Commissione sul disegno di legge Berti, pp. 2 e 3.

(45) *Ibidem*, p. 3.

(46) *Ibidem*, pp. 3 e ss.. Nella relazione la Commissione si oppone ad altri punti importanti del progetto ministeriale: l'esecuzione provvisoria della sentenza è respinta perché « renderebbe vano l'appello per la difficoltà di ripetere ciò che fu ingiustamente pagato »; si restringe anche il divieto di transazione, proponendo che siano vietate solo quelle « preventive ».

che gli sono care: « cosiffatta mistura dell'elemento giuridico e dell'elemento sociale, in materia attinente al diritto privato, costituisce un vero e serio pericolo »; non si possono inserire nel diritto privato contenuti del diritto pubblico; « le mutazioni in materia di diritto privato devono essere caute e lente, limitarsi alle applicazioni, e non toccare i principii, che sono fondamento del vivere civile: pensiamo insomma che il diritto costituito si possa svolgere ma non sconvolgere » (47).

Presto la distinzione tra questione giuridica e sociale viene a specificarsi nella sola distinzione tra responsabilità e assicurazione, sull'utilizzazione solo extracivilistica del principio del rischio professionale: « mentre la responsabilità civile fondasi sulla colpa, l'assicurazione fondasi sul rischio » (48). L'avvio verso la seconda fase del dibattito, quella lontana dal Codice civile e dalla responsabilità appare insomma un percorso obbligatorio per un legislatore che si proclama impotente ad intervenire in materia di responsabilità: « La verità — afferma il senatore Vitelleschi — è che la responsabilità sta dove sta, e non è in potere di nessuno, neppure del legislatore, di spostarla (...). Vi sono fatti di tal natura che il legislatore non può cambiare » (49).

Il progetto presentato da Miceli nel 1890 (il primo della seconda fase del dibattito) si ispira in gran parte a queste convinzioni, rifacendosi poi, per la parte tecnica, alla relazione del 1889 di Ferraris alla Commissione consultiva sulle istituzioni di previdenza e sul lavoro (50).

(47) Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, Leg. XV, 1. sess., tornata del 18 maggio 1885, pp. 13798/13799.

(48) *Ibidem*, p. 13799. Chimirri non nasconde la sua ammirazione nei confronti del modello tedesco: « Si può in nome dei principii liberisti discutere ed impugnare il concetto di obbligatorietà, non si può non ammirare le proporzioni ciclopiche, l'armonia e la coerenza di quel profondo e meditato progetto » (*Ibidem*, p. 13804).

(49) *Atti parlamentari, Senato del Regno, Discussioni*, Leg. XV, 1. sess., tornata del 10 aprile 1886, p. 4972.

(50) Il progetto di Miceli ricalca fedelmente e le posizioni di espresse da Chimirri e quelle esposte nella sua relazione da Ferraris: si afferma che « il concetto puro e semplice di responsabilità sia da abbandonare »; tra un « sistema misto di responsabilità e assicurazione » ed un sistema di sola assicurazione si sottolinea come la scelta debba ricadere su questo secondo sistema. Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Leg. XVI, 1. sess., Doc. 116, pp. 2 e ss.. La relazione di C.F. Ferraris e la già

Quello che si tiene a specificare a tutti i costi è proprio la distanza tra il nuovo modello di assicurazione e la responsabilità civile. La relazione ministeriale vuole quasi rassicurare i parlamentari sui limiti dell'intervento proposto, sulla sua distanza dai principi del diritto civile: l'intento è solo quello di favorire la pace sociale ⁽⁵¹⁾; si vuole intervenire su un piano staccato da quello giuridico, non si alterano in alcun modo i meccanismi di diritto civile, la responsabilità di diritto comune e il Codice ⁽⁵²⁾.

La relazione sul progetto viene ancora affidata a Chimirri che ripropone senza alcuna parsimonia i temi che aveva sostenuto nella prima fase del dibattito: la distinzione tra giuridico e sociale ⁽⁵³⁾; il favore per una « soluzione equa, razionale, comprensiva », da raggiungere « abbandonando i criteri giuridici della responsabilità per far posto ai criteri sociali dell'assicurazione ». Il rischio professionale è, in tal senso, prospettato come il fondamento di una regola 'non giuridica', volta al solo raggiungimento di un « equa transazione » ⁽⁵⁴⁾.

citata *L'assicurazione obbligatoria e la responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*.

⁽⁵¹⁾ Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti, Leg. XVI, 1. sess., Doc. 116, p. 3*: « Nell'attuale periodo di agitazione di classi, in cui i rapporti fra il capitale ed il lavoro sono tutt'altro che benevoli, bisogna cercare in tutti i modi di promuovere la pace sociale. Una legge sulla responsabilità è destinata invece a creare processi e davanti ai tribunali si svolgerebbero veri drammi sociali ».

⁽⁵²⁾ A porre un muro tra i criteri della responsabilità di diritto comune e il principio dell'assicurazione è soprattutto l'articolo 17 del progetto che prevede la possibilità di un'azione di regresso degli istituti di assicurazione solo per dolo del datore di lavoro o dell'operaio: con l'assicurazione, la responsabilità del datore di lavoro 'scompare' (e con essa scompare la guerra dinanzi ai tribunali, scompare il diritto comune che inasprisce i conflitti tra capitale e lavoro). La responsabilità sopravvive solo nel caso di dolo e ricompare attraverso l'azione di regresso dell'istituto assicuratore.

⁽⁵³⁾ *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti, Leg. XVI, 1. sess., Doc. 116 A, p. 2*: « le questioni giuridiche devono tenersi circoscritte nel campo giuridico, e risolversi coi severi principi del diritto; dove che le questioni sociali, occupando un campo affatto diverso, vanno trattate coi criteri più larghi e più flessibili della pubblica utilità ».

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem, p. 2*. Le variazioni proposte dalla Commissione rispetto al disegno di legge ministeriale sono minime: si accentua l'aspetto preventivo; si stabilisce che i premi sono interamente a carico dei padroni, ma permane un contributo — ben sostanzioso — a carico dell'operaio (si propone che il sussidio sia attribuito solo a partire dalla terza settimana).

La fine della legislatura impedisce al progetto di raggiungere la discussione. Nella prima sessione della diciassettesima legislatura è lo stesso Chimirri — divenuto Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio del primo governo Di Rudinì — a presentare un suo progetto al Senato. Gli argomenti, così come il testo del progetto, non cambiano: « il nudo criterio giuridico della responsabilità, comunque esarcerbata, non [è] adatto e sufficiente a risolvere il grave e doloroso problema »; secondo le statistiche solo pochissimi infortuni sono attribuibili a colpa degli industriali, sarebbe ingiusto pertanto addossare ad essi una responsabilità anche nella maggioranza dei casi in cui non è rintracciabile alcuna loro colpa (lì dove, naturalmente, la responsabilità 'vera' viene sempre misurata solo in riferimento alla colpa); non si devono inasprire senza motivo le relazioni tra capitale e lavoro ⁽⁵⁵⁾.

Il legislatore, insomma, deve realisticamente osservare che il periodo della centralità della responsabilità come criterio di equilibrio tra i singoli è finito: la questione degli infortuni non può che abbandonare il terreno degli 'espedienti giuridici' per essere collocata sul « suo vero terreno », quello di una distribuzione sociale del danno: « ...là dove i propugnatori della responsabilità inasprita non vedono che colpe da punire, i fautori dell'assicurazione vedono invece un rischio da riparare. Quelli concentrano tutto il danno su pochi, questi lo distribuiscono tra tutti coloro che hanno interesse a premunirsi » ⁽⁵⁶⁾. Il diritto comune non viene modificato, ma scompare, perché non produce più quiete, pacificazione, ma l'inasprimento dei conflitti. La 'guerra' dei giudizi di responsabilità deve cedere il posto alla 'pace' della distribuzione del danno: « la responsabilité civile — si afferma richiamando il dibattito parlamentare francese — c'est la guerre (...) l'assurance est la paix. Ce seul mot d'assurance n'a-t-il pas déjà par lui meme quelque chose de calmant? » ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ *Atti Parlamentari, Senato del Regno, Documenti, Leg. XVII, 1 sess., Doc. n. 33, pp. 1 e ss.*

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 2.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, p. 8. La responsabilità civile — nel progetto Chimirri — permane solo per l'ipotesi di dolo constatato con sentenza penale passata in giudicato e di infortunio colposo che sia conseguenza diretta dell'inosservanza dei metodi preventivi prescritti ed accertata nello stesso metodo.

Su questa linea di pensiero, che pare un naturale sviluppo del passaggio dalla prima alla seconda fase del dibattito, si inseriscono i dubbi presenti nella relazione dell'Ufficio Centrale del Senato sul disegno di legge di Chimirri ⁽⁵⁸⁾. La relazione di Auriti contiene infatti una prospettiva contrapposta alla visione solo sociale dell'assicurazione obbligatoria e del rischio professionale: è la linea che verrà detta 'giuridica', essa però ha pochi punti di contatto con quella difesa a tutti i costi delle immutabilità del giuridico che abbiamo visto presente nella prima fase del dibattito.

È bene precisare quest'ultimo punto: abbiamo visto che Chimirri fu, nel periodo della « responsabilità esasperata », uno strenuo difensore del diritto comune: la sua lettura solo sociale del rischio professionale e dell'assicurazione obbligatoria nasce proprio dalla convinzione della immodificabilità dei principi del Codice. Nella seconda fase del dibattito, Chimirri è invece tra coloro che con più energia combatterono gli ostacoli frapposti alla legislazione sociale dai giuristi con la loro 'ricerca insensata' di un coerente fondamento giuridico della legge. In Auriti, ed in tutti i successivi fautori della cosiddetta scuola giuridica, emergono posizioni irriducibili alla pura difesa del diritto comune civilistico; essi, anzi, chiedono proprio che si superi l'ingannevole prospettiva di una legge solo sociale senza contatti con l'intangibile purezza dei principi codificati, chiedono che il legislatore modifichi quei principi in modo consapevole oppure li rispetti senza aggirarli maldestramente col solo indeterminato richiamo alle esigenze sociali.

Veniamo dunque ai dubbi avanzati dall'Ufficio Centrale del Senato: è vero che gli infortuni sono « così frequenti che in certe proporzioni si possono considerare come conseguenze inevitabili di quel lavoro »; ma non si può, invocando il rischio professionale, assimilare l'operaio ad una macchina, né si possono abbandonare in blocco nel settore degli infortuni i principi sanciti dal diritto comune per la responsabilità ⁽⁵⁹⁾. L'opposizione viene a concretizzarsi in un punto ben preciso — destinato negli anni successivi a diventare il

⁽⁵⁸⁾ *Atti Parlamentari, Senato del Regno, Documenti*, Leg. XVII, 1 sess., Doc. n. 33 A. L'Ufficio Centrale è composto dai senatori Pascale, Messedaglia, Massarani e Auriti (relatore).

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*, pp. 2 e ss..

pomo della discordia di tutti i progetti —: l'impossibilità di far 'scompare' completamente, pur in presenza dell'assicurazione obbligatoria, la responsabilità nascente da colpa. Il legislatore — si dice — non può certo ignorare tale questione, sostenendo che l'aspetto sociale fa scomparire quello giuridico o che la responsabilità è assorbita dall'assicurazione, perché occorre far riferimento comunque ad un principio giuridico da porre a fondamento della legge, perché nessuna legge può disporre l'eliminazione della responsabilità nascente da una colpa grave.

La divergenza di vedute con il progetto Chimirri emerge in tutta la sua nettezza: è il contrasto tra una legge come mera « transazione di interessi » e la ricerca di un nuovo diritto, di un 'vero' fondamento giuridico per il principio dell'assicurazione obbligatoria ⁽⁶⁰⁾. A dire degli esponenti della Commissione 'una transazione' non può essere il solo fondamento di una legge; anche la legge sociale dell'assicurazione obbligatoria esige pertanto il riferimento ad un « preciso principio di dritto »: non si potrebbe, del resto, senza un fondamento giuridico, chiarire cosa sia la « indennità legale del rischio speciale al lavoro » fissata dalla legge ⁽⁶¹⁾. Il legislatore, insomma, non può guardare all'assicurazione considerandola un fine in sé, ma deve essere consapevole che l'attribuzione dell'indennità all'operaio è già il frutto una scelta giuridica: l'assicurazione obbligatoria è solo « una modalità, un mezzo di attuazione e di agevolazione »; se si stabilisce l'obbligo dell'assicurazione deve essere ben chiaro che l'operaio infortunato ha « il dritto a quelle indennità » ⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem* p. 3: « Nel Concetto del Ministero l'assicurazione obbligatoria non è che un modo di transazione tra i diritti del padrone e quelli dell'operaio (...). Così il padrone assicura una discreta indennità anche per gli infortuni cagionati da caso fortuito e da colpa dell'operaio, che non sia fatto intenzionale, ma a sua volta si libera della responsabilità civile (...). A sua volta l'operaio perde il titolo a questa responsabilità civile di dritto comune, ma è certo di conseguire una parziale indennità anche per gli infortuni dipendenti da caso fortuito e da sua colpa ».

⁽⁶¹⁾ E un legislatore, ignaro del fondamento giuridico della legge, otterrebbe soltanto « la coazione posta a servizio della carità, sotto colore di sanzione di un calcolo fittizio », ma non potrebbe mai giungere a porre il « dritto che comanda, secondato dall'equità e dall'interesse sociale » (*ibidem*, p. 3).

⁽⁶²⁾ *Ibidem*, p. 3. È lo stesso argomento che spinge qualche anno dopo Ercole Vidari ad avanzare un'isolata difesa dell'inversione dell'onere della prova. Vidari si

La precisazione è importante perché l'Ufficio Centrale del Senato propone una visione della legge sociale coi suoi rapporti con i principi del diritto privato, con le regole 'immodificabili' della responsabilità, che si colloca al crocevia tra passato e presente dell'istituto. Il quesito è, in fondo, lo stesso che aveva attraversato tutti i sistemi dei civilisti del periodo: è possibile porre un mero principio di utilità, una mera esigenza di pacificazione, una transazione sui diritti fissati dal Codice civile a solo fondamento di una legge che investe comunque alcuni principi portanti del diritto privato?

Le diverse risposte fornite all'interrogativo si muovono tutte ancora in un universo dominato dalla visione costituzionale dei principi del diritto comune civilistico, ma mostrano anche, nelle incongruenze delle 'finzioni' e delle distinzioni proposte, i segni del disfacimento di quella visione del giuridico. La risposta affermativa fornita da Chimirri all'interrogativo trae, se così si può dire, la legittimazione dell'intervento legislativo dalla prospettiva della netta distinzione tra i diversi piani del discorso: il legislatore può e deve legiferare perché non altera con il suo intervento 'separato' sul sociale i principi di diritto comune. Auriti, che rifiuta il sofisma della

oppone decisamente all'assicurazione obbligatoria proprio perché ritiene impossibile affermarla senza sancire, in diritto, una vera e propria responsabilità oggettiva dell'imprenditore: «... anche il principio dell'assicurazione obbligatoria, se vuole avere una base di giustizia, deve necessariamente presumere la responsabilità dell'imprenditore. Ove non fosse così, come si potrebbe giudicare l'obbligo imprescindibile imposto agli imprenditori di assicurare i propri operai?». Si introduce dunque con l'assicurazione una presunzione *juris et de jure*, mentre il sistema dell'inversione dell'onere della prova raggiungeva solo una presunzione *juris tantum*. Cfr. E. VIDARI, *A proposito di alcuni progetti di legge sugli infortuni del lavoro*, Estratto dai *Rendiconti del Regio istituto lombardo di scienze e lettere*, Serie II, XXVIII, 1895, p. 6. La convinzione di fondo continua ad essere quella enunciata da Vidari a metà degli anni Ottanta « la legislazione sociale è tema d'ordine prevalentemente giuridico ». L'accettazione dell'inversione dell'onere della prova è dettata dalla ricerca di un compromesso con le ragioni sociali; essa è per Vidari una ricerca di « temperamenti medi », di « un sistema medio o di integrazione » tra iniziative dei privati ed interventi dello Stato; una ricerca che non deve spingere però ad accettare proposte volte a sopprimere ogni attività dei privati, cedendo ad uno Stato che tutto soffoca « nei suoi poco amabili amplessi ». E. VIDARI, *La legislazione sociale in Italia* (Discorso d'inaugurazione dell'anno scolastico 1886 nella Regia Università di Pavia), in *Monitore dei tribunali*, XXVII, 46 (13 novembre 1886), pp. 1045- 1061, pp. 1045 e 1047.

fondazione solo sociale della legge, propende per la risposta negativa e riapre inevitabilmente la questione giuridica: le leggi sociali non possono essere affidate « ad indefinite aspirazioni del sentimento », ma devono « riassumersi e concretarsi in un limpido e sicuro principio di diritto, sia pure a sviluppo e completamento del diritto tradizionale » (63).

La legge, in questa seconda prospettiva, deve confrontarsi con i principi giuridici tradizionali: essa infatti muta inevitabilmente il diritto codificato e attribuisce al lavoratore un vero diritto all'indennità. Con il ritorno al giuridico abbiamo però, nella prospettiva dei membri dell'Ufficio Centrale del Senato, anche il ritorno di alcuni principi 'immutabili' del diritto comune e della sua logica di simmetrie del rapporto tra uguali. Insomma, la considerazione 'giuridica' della legge sociale impone di nuovo alcune regole del gioco del diritto uguale che nell'altra prospettiva 'scomparivano'.

Il momento sostanziale dell'opposizione giuridica al progetto si concretizza nella richiesta che l'imprenditore risponda per lo meno della sua colpa grave: eliminare tale riferimento significherebbe distruggere « il sentimento della propria responsabilità ». Le regole di uguaglianza del diritto comune impongono poi che tale principio valga anche per l'infortunio che l'operaio si sia cagionato per propria colpa grave: « Nessuna finzione legale, nessuna transazione interessata potrebbe cancellare nell'operaio il carattere di essere umano responsabile ». Allo stesso risultato, del resto, si può giungere considerando che « il patto che esentasse da ogni responsabilità per colpa grave, equiparabile al dolo, sarebbe giuridicamente nullo, e non può essere il tipo di una disposizione di legge » (64).

La questione della 'sopravvivenza' o meno della colpa grave accentra progressivamente tutto il dibattito. Gli argomenti di coloro che tengono a conservarla puntano su una visione dell'assicurazione obbligatoria capace di coprire solo il caso fortuito: l'assicurazione dicono, non può assopire la responsabilità, far scomparire l'interesse alla prevenzione, non può essere spinta addirittura sino al punto di transigere sugli effetti civili di un reato; non può annullare, escludendo l'applicazione del diritto comune con il richiamo alle utilità

(63) *Atti Parlamentari, Senato del Regno, Leg. XVII, 1. Sess., Doc. n. 33 A, p. 3.*

(64) *Ibidem, p. 7.*

sociali o al 'sentimento', principi giuridici che sono e devono restare immutabili anche per il legislatore (65).

Va notata la varietà di posizioni confluenti in questo fronte che, per comodità, possiamo continuare ad indicare come giuridico. Si attesta su queste posizioni, non solo chi intende tutelare le rigidità tradizionali del diritto comune e le sue simmetrie, ma anche quei pochi deputati che si ostinano ad affermare l'esigenza di una visione del rischio professionale immediatamente a contatto con i principi civilistici. Il rischio professionale — dicono — ha imposto una rivoluzione nel concetto stesso di responsabilità civile del datore di lavoro: non si può, da un lato, fondare la legge sul rischio professionale e, dall'altro, eliminare la responsabilità dell'imprenditore, diminuire le tutele attribuite all'operaio dal diritto comune escludendo il risarcimento integrale del danno subito. Se si accetta la teoria del rischio professionale, si accetta il principio per cui esiste un diritto al risarcimento per l'operaio infortunato anche quando non può essere provata la colpa del datore di lavoro, anche quando esiste una colpa dello stesso operaio. Il rischio professionale configura, pertanto, in maniera più ampia il diritto dell'operaio al risarcimento: una coerente politica legislativa impone che, una volta accolto quel principio, l'applicabilità del diritto comune non sia diminuita, ma estesa. Solo in tal modo, del resto, potrà esservi coerenza tra l'applicazione del diritto comune e l'intervento legislativo speciale (66).

(65) Anche in questa prospettiva, però, si concede che la responsabilità possa 'scompare' nelle ipotesi di colpa lieve: resta a carico dell'imprenditore — e dell'operaio — la sola responsabilità civile da colpa grave. Anche in questa lettura — e lo dimostra del resto il riferimento 'uguale' al datore di lavoro e all'operaio — il rischio professionale non è, dunque, capace di incidere sulla visione della responsabilità di diritto comune che rimane tutta dominata dalla prospettiva della colpa. La difficoltà di distinguere esattamente la colpa lieve dalla grave, e la contraddizione presente nella considerazione limitata dell'intangibilità del principio della responsabilità personale per colpa furono naturalmente oggetto di innumerevoli critiche da parte dei parlamentari schierati a richiedere una netta e completa divisione tra responsabilità e assicurazione.

(66) Si può, per molti aspetti, notare una confluenza pratica nella prospettiva di quanti difendono nell'ottica 'giuridica' l'intangibilità assoluta dei principi codificati della responsabilità con quella di quanti — ad esempio i socialisti — proponevano una lettura della teoria del rischio professionale nel diritto civile. Si consideri, ad esempio, l'intervento conservatore del senatore Parenzo. Egli — che non esita a definirsi « un vecchio

Il fronte dei fautori della 'scomparsa' del meccanismo della responsabilità si avvale principalmente degli argomenti avanzati da Chimirri. Essi sono fondati, naturalmente, sulla logica della netta separazione tra giuridico e sociale: solo la 'scomparsa' della responsabilità rende veramente sociale la legge, perché solo così si elimina la litigiosità giudiziaria e si crea una pacificazione tra le classi; il legislatore può eliminare il riferimento alla responsabilità (anche quella per colpa grave), perché non transige sulla morale, perché non muta il diritto comune, ma 'crea' un'indennità inconfigurabile stando al Codice, sostituisce ad un principio giuridico, che resta valido in generale, un rimedio sociale e pubblicistico per un male sociale nuovo.

È soprattutto però un argomento di carattere pratico che falsa intimamente, in questa prospettiva, l'originaria veduta del rischio professionale: l'industria assume, in base al rischio professionale, il carico del caso fortuito e della colpa dello stesso operaio; in compenso non deve pagare nella loro integrità (con le somme del risarcimento del danno stabilite dal giudice ordinario) i pochi casi avvenuti per colpa del datore di lavoro. Nella richiesta di un 'compenso' per l'industriale si smette di guardare al rischio profes-

ed impenitente liberale; ditemi anche liberista, con la frase che si adopera oggi per indicarci, quasi spregiativamente » — critica le posizioni dall'Ufficio centrale: ha ceduto troppo, pur richiamandosi ad un corretto concetto giuridico, alle richieste del Governo; anche la proposta dell'Ufficio centrale « invade il campo del Codice civile e lo modifica ». La vera legislazione sociale, a dire di Parenzo, è già nel Codice civile, i principi degli articoli 1151 e seguenti non vanno pertanto modificati, né tanto meno ristretti: non è certo fare della legislazione sociale « togliere di mezzo tutte le responsabilità degli industriali, dei proprietari per i casi di colpa » (naturalmente però Parenzo si schiera anche contro 'l'assurdità' di dare un indennizzo all'operaio colpevole: si distrugge la legge « uguale per tutti »; « voi create due classi di cittadini »). La proposta finale è semplice: « Io dico lasciate a garanzia delle classi lavoratrici il Codice civile colle sue disposizioni e non metteteci le mani, affermando di voler proteggere le classi operaie, quando invece fate loro del danno. Stabilite piuttosto che gli industriali che esercitano delle industrie pericolose, debbano con una piccola quota assicurare l'operaio contro i casi fortuiti, e fermatevi qui » (*Atti Parlamentari, Senato del Regno, Discussioni, Leg. XVII, 1. sess., tornata del 24 febbraio 1892, pp. 2391 e ss.*). Quello che ci preme notare è come quest'ultima proposta coincida sostanzialmente con quella dei socialisti che — come vedremo — accentuavano però nella loro proposta la difesa dei meccanismi comuni della responsabilità, accogliendo la lettura 'civilistica', 'giuridica', del rischio professionale cui alludevamo nel testo.

sionale come al fondamento di un diritto: l'industriale — si dice — dà quanto non è tenuto a dare in base al diritto comune, paga quanto non è tenuto a pagare in base al principio della responsabilità per colpa, deve dunque ricevere qualcosa in cambio, deve scomparire nei suoi confronti il riferimento alla colpa, a qualsiasi tipo di colpa; l'operaio, d'altra parte, riceverà sempre l'indennità per l'infortunio, ma la riceverà in forma fissa e dovrà dimenticare il risarcimento integrale del danno subito. L'argomento trae le sue conclusioni partendo da premesse che sono date, ora dal principio del rischio professionale, ora, con evidente contraddizione, dalla purezza di quei principi giuridici da 'abbandonare' di fronte alla legge sociale (67). Il rispetto dei principi di diritto comune è solo la premessa (invocata per dare un compenso al datore di lavoro che paga anche quanto non dovrebbe) per affermare che si fuoriesce dal diritto comune per entrare nel sociale: giunti a questo punto tutto è possibile. Non esiste infatti per il legislatore l'esigenza di creare alcun coordinamento tra questa particolare 'transazione' di interessi sociali ed i principi del diritto comune, perché i due ambiti sono separati. L'intangibilità della costituzione privatistica è solo l'espediente che permette di giungere ad una serie successiva di compromessi che — in questa prospettiva — non creano effettivamente diritti, perché continuano a sottrarsi a qualsiasi applicazione della tradizionale logica giuridica: sono percepiti solo come soluzioni momentanee, compromessi dettati da utilità particolari che non ha senso porre in contatto con la linearità e le rigidità del diritto comune.

Il primo dibattito sull'argomento al Senato è, dunque, per noi indicativo di contrapposizioni ben più gravi della questione del permanere o meno della responsabilità per colpa grave che è oggetto della disputa. Per chi proviene da una lettura dei testi civilistici del periodo lo scontro tra Chimirri ed Auriti attorno agli 'immutabili' principi della responsabilità coinvolge il problema ben più ampio

(67) Lo nota lucidamente, nell'ultima discussione alla Camera prima dell'approvazione della legge, Di San Giuliano in contrapposizione agli argomenti di Chimirri ora volti contro il compromesso raggiunto nell'articolo 22 del progetto Guicciardini, quello che diventerà poi il testo della legge. Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni*, Leg. XX, 1. sess., tornata del giorno 8 marzo 1898, p. 5033.

del ruolo del legislatore, del modo di concepire l'intervento giuridico nei confronti della costituzione privatistica. Quello scontro è in sostanza un segno tangibile del tramonto della centralità assoluta del diritto comune civilistico; rappresenta una sorta di fase costituente della nuova mentalità affiorante nel giuridico.

In una prospettiva, si afferma che il legislatore non può eludere l'analisi del fondamento giuridico della nuova legge: il legislatore non è lì a inventare un diritto adeguato alle nuove esigenze particolari, ma semplicemente a dichiarare il manifestarsi di un diritto già esistente; ed esso non può essere un accomodamento, una sistemazione provvisoria di particolari esigenze sociali, né può essere interpretato in maniera staccata dal diritto già esistente di cui è uno svolgimento naturale. Il ruolo del legislatore è minimo: la sua funzione potrebbe — e molti lo dichiarano a chiare lettere — essere sostituita da un'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale dei principi codicistici vigenti. Nell'altra prospettiva, il legislatore risponde ad una esigenza sociale, affronta il problema irrisolvibile — o risolvibile in maniera lenta, faticosa, pericolosa — nel diritto comune e crea un nuovo principio: il fondamento della decisione non è altrove, non è in un principio giuridico collocato all'esterno di quella decisione, ma deve essere tratta dalla stessa decisione. In questo ottica — e lo abbiamo visto nettamente nelle dichiarazioni di Chimirri nella prima fase del dibattito —, si ritiene nello stesso tempo, quasi in una forma di ossequio solo formale alla costituzione che si sta abbattendo, di poter conservare totalmente immutato il diritto comune, di poter provvedere con soluzioni di transizione, di pacificazione, a tutelare il versante pericoloso delle relazioni tra capitale e lavoro, lasciando completamente intatti i meccanismi fondamentali del diritto civile relativi alle relazioni interproprietarie. In sostanza, il legislatore può tutto sul particolare, ma non è conscio della sua potenza, della sua capacità di intaccare attraverso quegli interventi il quadro generale dei principi che si vuole conservare immutato (ma cos'è la transazione sociale, svolta fuori dai principi del diritto comune, se non la creazione di un nuovo diritto?).

Gli interventi al Senato di Auriti e di Chimirri danno voce alle contrastanti prospettive. La strategia persuasiva scelta da Chimirri è, come sappiamo, tutta fondata sulla distinzione tra responsabilità e assicurazione obbligatoria: il rischio professionale è pensabile solo in

relazione all'assicurazione obbligatoria e non incide affatto sulla responsabilità di diritto comune: « ...senza questo provvido congegno delle assicurazioni, verrebbe in mente a qualcuno di scrivere in una legge l'obbligo dei padroni di indennizzare gli operai feriti o morti per caso fortuito? Certo che no: ma poiché col sussidio di codesto congegno i padroni possono, mediante il pagamento del premio, che costituisce un onere relativamente lieve, assicurare la vita e l'integrità personale degli operai, il legislatore non esita ad imporre loro questo sacrificio » (68). Il meccanismo della responsabilità di diritto comune resta, dunque, immutato viene solo eroso dal legislatore in base ad una considerazione realistica, in base ad un compromesso attento alla statistica e non alla individuazione, o alla estensione, di un principio giuridico. La questione posta in questi termini è resa inconfutabile da « dati di fatto che nessuno contesta »: « su cento infortuni, 80 dipendono da cause ignote o da casi fortuiti, 12 per cento rappresentano la colpa dell'operaio, 8 per cento la colpa del padrone, anzi in Italia gli infortuni colposi a carico del padrone raggiungono appena la cifra del 4 per cento » (69).

(68) *Atti parlamentari, Senato del Regno, Discussioni, Leg. XVII, 1 sess., tornata del 23 febbraio 1892, p. 2372.*

(69) *Ibidem, p. 2373.* Un quadro più attendibile, anche se molto parziale perché relativo per l'Italia alle industrie che si erano assicurate volontariamente, delle statistiche del periodo può essere tratto da una pubblicazione del Direttore della cassa nazionale d'assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro: R. FABRIS, *Gl'infortuni sul lavoro. Note*, Milano, tip. Bellini, 1897.

L'invocazione delle 'inconfutabili prove' addotte dalla statistica costituisce uno tra i motivi più ricorrenti del dibattito infortunistico. Dinanzi alla forza delle cifre, i dubbi giuridici e il ricorso alle sottigliezze del diritto tradizionale non possono — si dice — che scomparire; da quei dati si traggono, al contrario, continui argomenti a supporto del meccanismo 'sociale' dell'assicurazione: « per somma fortuna abbiamo questo congegno creato dall'algebra ed alimentato dalla morale » (così Pasquali — relatore alla Camera della Commissione sul progetto Lacava — *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti, Leg. XVIII, 1 sess., doc. n. 83 A. Relazione poi sostanzialmente riprodotta come articolo ne Il Filangieri — XVIII, 1, 1893, pp. 129-150, la citazione è tratta da p. 145 — con il titolo Degli infortuni sul lavoro*). Il costante riferimento alle statistiche degli infortuni mostra un cambio radicale della visione del tradizionale giudizio di responsabilità; tale giudizio appare all'improvviso monco e inadeguato, proprio perché volto, al contrario della statistica, ad indagare solo sul caso singolo. Il problema degli infortuni non può essere più risolto ponendo al centro della questione i principi giuridici della responsabilità: come afferma uno dei cultori della nuova scienza, il tema ha oramai nel

A fronte di questa realtà l'intervento del legislatore non può, né deve essere, mosso da preoccupazioni giuridiche — Chimirri ironizza infatti contro Auriti che « si è distillato il cervello per trovare ciò che egli chiama, il fondamento giuridico della legge » —; si deve, insomma, abbandonare quell'inveterata abitudine degli uomini di legge di mettere il diritto dappertutto ⁽⁷⁰⁾. Nella foga della discussione Chimirri indica con chiarezza il nuovo metro di giudizio che sta a monte della decisione del legislatore non più prigioniero nei provvedimenti di indole sociale nelle strettoie del giuridico: « ...io credo che il diritto è come il sale, che dà sapore a qualunque vivanda, e se lo si vuole cacciare ad ogni costo anche in questo progetto di legge non gli farò certo impedimento, ma a patto che serva da condimento non da sostanza » ⁽⁷¹⁾.

Nel caso specifico negare la visione del diritto 'come sostanza' significava negare la configurazione di un vero e proprio « diritto all'indennità » — aspetto su cui insisteva Auriti —; significava però,

« solo aspetto statistico » la sua « parte più essenziale » (F. VIRGILI, *La statistica degli infortuni sul lavoro*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, VIII, 2, 1890, pp. 20/27; 259/277; 305/318). Le certezze dei giuristi nella lettura del sociale non possono che cedere il passo di fronte alle più empiriche 'verità' della matematica: « ...le leggi della statistica sono destinate a governare il mondo sociale colla medesima costanza con cui le leggi astronomiche governano il mondo fisico » (F. VIRGILI, *L'avvenire della Statistica*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, VIII, 1, 1890, pp. 289/308). Nel passaggio dalla responsabilità all'assicurazione (all'assicurazione obbligatoria dapprima, e poi alla previdenza sociale) si può scorgere un più ampio passaggio di mano dei giuristi nei confronti delle scienze esatte; da un fondamento etico delle relazioni sociali posto nella centralità del diritto civile sia passa ad un fondamento posto nella 'giustizia distributiva' e nei dati forniti dalle scienze sociali (per un'analisi in tal senso in Francia cfr. F. EWALD, *L'Etat providence*, cit.). A testimonianza di quanto qui accennato è sufficiente richiamare la sprezzante ironia con cui, a metà degli anni Ottanta, Maffeo Pantaleoni si rivolge ai giuristi: « Chi non sa che non si può cavar sangue da una rapa? Ma allora, come mai volete cavare statistiche ai regii impiegati dell'ordine giudiziario, ai figli spirituali di Paolo, Ulpiano, Modestino? E che forse la statistica non v'insegna ciò, quando vi computa i buchi nell'acqua che fate, servendovi di quei galantuomini? ». E ancora: « ... i giuristi, più assennati degli statistici, hanno rinunciato da un pezzo ad ogni novità e si contentano di sapere quel che seppe Ulpiano... » (cfr. M. PANTALEONI, *Recensione a E. SALPACE, Uso e abuso della Statistica* (Roma, 1885) in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, III, 12, dicembre 1885, pp. 370-374).

⁽⁷⁰⁾ *Atti parlamentari, Senato del Regno, Discussioni*, Leg. XVII, 1 sess., tornata del 23 febbraio 1892, p. 2378.

⁽⁷¹⁾ *Ibidem*, pp. 2378-2379.

nello stesso tempo, conservare la visione immutabile del 'vero' diritto. Il provvedimento sociale — quello, per intenderci, che usa il diritto come mero 'condimento' — non intacca il Codice, non muta la responsabilità, non trasforma il diritto privato. La responsabilità 'vera' resta solo quella disciplinata dal Codice: « La responsabilità suppone sempre la colpa: tolta questa di mezzo, viene meno il fondamento giuridico dell'indennizzo come stabilito dal dritto comune » (72); « Noi lasciamo il Codice com'è, non inventiamo obblighi consensuali che il contratto di lavoro non prevede, ma accettiamo una nuova forma di contratto basato sulla previdenza, qual è il contratto di assicurazione. Noi sostituiamo ai rapporti giuridici dell'articolo 1151, che hanno base nella legge Aquilia, un rapporto economico sociale fondato sul contratto di assicurazione » (73). Non si verte in materia di diritti e di responsabilità, ma si affronta semplicemente una questione sociale, accordando un'indennità parziale attraverso il meccanismo dell'assicurazione: « L'industria avrà un peso di più, ma un peso sopportabile » (« l'onere dell'assicurazione potrà essere messo in conto delle spese d'esercizio ») (74).

La visione 'giuridica' di Auriti affianca la soluzione sociale della questione con preoccupazioni più ampie. L'argomento è semplice: con la legge per l'assicurazione obbligatoria per gli infortuni si interviene su due piani ben distinti: si stabilisce un diritto (il diritto dell'operaio all'indennità) ed un mezzo di attuazione (l'assicurazione). Nello stabilire un diritto, come legislatori non possiamo eludere la questione del fondamento giuridico di quel diritto; non possiamo ritenere di parlare solo di un aspetto sociale totalmente staccato dal diritto presente nel Codice ed inventare qualcosa di oscuro collegato solo a generiche istanze di pacificazione e di utilità sociale. Il legislatore di Auriti è più cauto, ponderato, perché sa di agire inevitabilmente sul diritto, perché è consapevole della pericolosità di una legislazione disposta ad una utilizzazione solo 'orna-

(72) *Ibidem*, p. 2379.

(73) *Atti parlamentari, Senato del Regno, Discussioni*, Leg. XVII, 1 sess., tornata del 1 marzo, p. 2548. Cfr. anche *ibidem*, l'intervento di Chimirri nella tornata del 26 febbraio, p. 2445: « ... l'assicurazione più che un fatto giuridico, è un fatto economico, un fatto sociale; è la previdenza applicata ai rischi del lavoro ».

(74) *Atti parlamentari, Senato del Regno, Discussioni*, Leg. XVII, 1 sess., tornata del 23 febbraio, p. 2379.

mentale' dei principi giuridici: « rinunciando al principio giuridico noi dovremo ricorrere a concetti generici di soccorso, di conciliazione, transazione e simili, ma non sappiamo il punto in cui arriveremo... » (75).

La legislazione sociale deve anch'essa considerare « non la carità, non un principio utopistico, non l'assistenza legale, ma un principio di diritto » (76). Ed è proprio tale consapevolezza che spinge ad una visione meno statica del diritto codificato, accompagnata da una accettazione savigniana dei limiti del legislatore: « Per me il diritto non è tutto nel Codice civile, il Codice è il diritto tradizionale codificato, ma al di fuori del Codice si va elaborando un nuovo diritto secondo i nuovi rapporti che si creano (...) se facciamo una nuova legge, questa non crea ma sanziona un diritto preesistente » (77).

La discussione al Senato si concluse il 3 marzo del 1892 con l'approvazione del disegno di legge ministeriale e con la sconfitta dei 'dubbi giuridici' avanzati dall'Ufficio Centrale del Senato (78). In realtà, lo scontro non era che al suo inizio ed una soluzione di compromesso verrà raggiunta solo otto anni dopo.

In questi anni abbiamo una continua riproposizione del dibattito negli stessi termini (79). La convinzione della assoluta separa-

(75) *Ibidem*, p. 2378.

(76) *Ivi*.

(77) *Ibidem*, p. 2380.

(78) Poco prima della votazione contro il disegno di legge si leva con « eloquenza tribunizia », « con parole ornate e fantasiose » (le definisce tali Chimirri nella sua breve replica a nome del Governo) la voce di Ellero. Giova riportare un solo passo del suo intervento relativo all'assicurazione obbligatoria così come prospettata nel progetto, a quello che rappresenta — a dire di Ellero — un meccanismo in cui l'aggravio delle spese per il datore di lavoro è sostenuto, nella sostanza, dalle stesse vittime cui viene, d'altra parte, ad essere diminuita la tutela: « ...Chi volesse escogitare una mostruosa specie di contratto aleatorio, una maniera inaudita di abbonamento, mercè cui la cupidigia insaziabile di lucri potesse con tenue moneta e con piena franchigia tritare la carne umana e spremere il sangue, proprio in tal modo si comporterebbe, tanto più che con acconci criteri si è stimata l'invalidità perpetua minore infortunio della morte... » (cfr. *Atti parlamentari, Senato del Regno, Discussioni, Leg. XVII, 1 sess., tornata del 3 marzo, pp. 2587/2588*).

(79) Sull'argomento nel frattempo crescevano le pubblicazioni e le relazioni tenute ai Congressi internazionali sugli infortuni sul lavoro che, a partire dal 1899 si tennero con scadenze triennali in varie città europee (a Parigi nel 1899; a Berna nel 1891; a Milano

zione tra responsabilità e meccanismo dell'assicurazione obbligatoria è ribadita dalla presentazione alla Camera del disegno di legge approvato al Senato ⁽⁸⁰⁾, ma esso non venne discusso dalla Camera. Nella nuova legislatura è Pietro Lacava — Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio del primo governo Giolitti — a riproporre il disegno di legge sugli infortuni nella prospettiva presente nella relazione di Auriti ⁽⁸¹⁾. Due anni dopo è Barazzuoli a far invece

nel 1894; a Bruxelles nel 1897; a Parigi nel 1900). Ed esse non mancavano di dare ulteriore alimento alle dispute parlamentari. Merita di essere ricordato lo scritto di T. BÖDIKER, *Die Arbeiterversicherung in den Europäischen Staaten*, Leipzig, 1895. Bödiker — Presidente del Reichs-Versicherungs-Amtes a Berlino — fu un instancabile propagandista del carattere di conciliazione e di pacificazione presente nel modello pubblicistico tedesco dell'assicurazione sociale, un modello rappresentante una 'rottura epocale' rispetto alla centralità di relazioni esclusivamente civilistiche (cfr. in *ibidem*, pp. III e ss; pp. 105 e ss.; 239 e ss.). Più che richiamare gli innumerevoli interventi ai convegni e gli scritti preparati in funzione di quei convegni — cfr. per tutti C. DEJACE, *La faute lourde en matière d'accidents du travail, Congrès international des accidents du travail à Milan*, Milano, Reggiani, 1894; A. BOSELLINI, *La responsabilità civile ed industriale negli infortuni di lavoro*, Modena, Moneti, I, 1894; II, 1895 — giova richiamare una pagina di cronaca di un congresso presentata da Francesco Saverio Nitti (*Il Congresso di Bruxelles e la legislazione sugli infortuni sul lavoro*, Torino, Frassati, 1897 — Estratto dalla *Riforma Sociale*, Anno IV, fascicolo 8, vol. VII; Seconda serie): « Il congresso riuniva le più alte personalità fra quanti si occupano di infortuni sul lavoro e, in generale, di assicurazioni operaie. La Germania aveva mandato tutta una enorme schiera di delegati, di uomini politici, di professori, di industriali, i quali erano sotto la direzione, oserei dire sotto il comando di Bödiker: parlavano tutti nello stesso senso, dicevano tutti le stesse cose, si regolavano tutti allo stesso modo. (...) ciò che era meraviglioso fra essi, ciò che sorprende a dirittura era vedere il gruppo tedesco agire sotto un'unica direzione, come un vero esercito in cui è la coscienza che la vittoria dipenderà dall'abilità del capo e dalla disciplina dei militi » (p. 4); « Fra gli italiani, oltre il Ferraris e io che rappresentavamo il Ministero di agricoltura e commercio, vi erano l'on. Chimirri, il senatore De Angeli (e con questi un numero non lieve di grandi industriali lombardi) e i rappresentanti delle società ferroviarie. Si era in disaccordo sui punti essenziali non solo ma anche per ciò che riguardava l'Italia. Fino a un certo punto rappresentavamo il contrario della Germania cui la forza viene dalla solidarietà e dalla coesione » (p. 5).

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Leg. XVII, 1. sess., doc. n. 326, p. 3: « ...il principio della responsabilità ha il suo svolgimento nel diritto comune, riposa sopra un fondamento tradizionale, e mal potrebbe senza arbitrari contorcimenti piegarsi ai nuovi bisogni creati dall'industria... ».

⁽⁸¹⁾ Si riproduce — scrive il Ministro nella sua relazione — il progetto approvato al Senato nella precedente legislatura. In realtà si riapre la questione della colpa grave:

ritorno alla nettezza delle distinzioni ⁽⁸²⁾; l'ampio dibattito parlamentare svoltosi nell'aprile e nel maggio del 1896 alla Camera sul suo disegno di legge ripropone ancora, in seguito ad un emendamento proposto dal deputato Bonacci, il dilemma presente nello scontro iniziale al Senato ⁽⁸³⁾. Di mediazione in mediazione ⁽⁸⁴⁾ si

esonerare dalla responsabilità civile coloro che assicurano i loro operai è una conseguenza necessaria dell'obbligo di assicurazione; ma tale principio deve essere necessariamente limitato nei casi di dolo, di colpa grave, di inosservanza dei regolamenti. In queste ipotesi si potrà avere l'azione di regresso degli istituti di assicurazione e l'azione civile di risarcimento del danno (cfr. art. 23 del Disegno di legge. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Leg. XVIII, 1. sess., doc. n. 83). Riaffiora nella relazione la prospettiva dell'Ufficio Centrale del Senato: la legge non rappresenta « una benevola o coatta transazione tra capitale e lavoro », ma il « riconoscimento di un diritto ». Con la prospettiva giuridica riemerge il riferimento 'indispensabile' alle rigidità delle relazioni uguali: « Ragioni di uguaglianza giuridica mi hanno indotto ad ammettere, come per i padroni, anche per gli operai, i casi di colpa grave.. » (*ibidem*, p. 15). La relazione della Commissione si muove nella stessa direzione: *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Leg. XVIII, 1. sess., doc. n. 83 A: Relazione della Commissione (sul progetto di legge Lacava) del 5 maggio 1893 (relatore Pasquali).

⁽⁸²⁾ Barazzuoli (Ministro di Agricoltura Industria e Commercio del quarto governo Crispi) si limita dapprima a riproporre il disegno di legge Lacava (cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Leg. XVIII, 2. sess., doc. n. 16), ma poi in un nuovo disegno di legge presentato il 13 giugno del 1895 lo abbandona, facendo ritorno alle distinzioni Chimirri (*Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Documenti*, Leg. XIX, 1. sess., doc. n. 60): il progetto Lacava « mirava (...) a conciliare le norme del diritto comune coi principii messi a base di questa nuova legge industriale », ma la sopravvivenza del meccanismo della responsabilità per colpa grave potrebbe « rendere più acuto il dissenso tra capitale e lavoro e lasciare uno strascico di odi e rancori » (*ibidem*, p. 2 e 13). La relazione della Commissione (cfr. *ibidem*, Doc. n. 60 A) è ancora firmata da Chimirri che non può che dirsi d'accordo e intonare una « lode al Ministro » (*ibidem*, p. 11) per aver eliminato quel riferimento alla colpa grave che « vulnerava la base del sistema », perché « la sostituzione dell'assicurazione alla responsabilità è parte sostanziale della legge ». L'effetto dell'assicurazione è, pertanto, « l'esonero di qualsiasi responsabilità civile »: « coll'assicurazione obbligatoria si dice ai padroni: 'assicurate i vostri operai e sarete esenti da ogni responsabilità civile' » (*ibidem*, pp. 10 e 11).

⁽⁸³⁾ Bonacci ritiene il principio per cui l'assicurazione del rischio professionale escluda in tutti i casi dalla responsabilità civile contrario « a tutti i principii di diritto antico e moderno »; propone pertanto nel suo emendamento che « Ove l'infortuni avvenga per dolo o colpa grave dei capi o esercenti... i danneggiati ... avranno diritto alle indennità loro dovute ai termini del diritto comune... » (cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni*, Leg. XII, 1. sess., tornata del 29 aprile 1896, pp. 3730 e ss.; e del 14 maggio 1896, pp. 4213).

⁽⁸⁴⁾ La Camera approvò il 22 maggio del 1896 una linea intermedia tra quella

giunse infine all'approvazione dell'articolo 22 della legge del 1898 ⁽⁸⁵⁾. Una soluzione di compromesso che lascia scontenti tutti, ma che è accettata dalla maggioranza dei deputati soprattutto in nome dell'esigenza di porre finalmente termine ad un dibattito lungo e faticoso che si trascinava da vent'anni senza risultati chiari. Dopo « lo sforzo massimo » si produceva — così scriveva il *Giornale degli economisti* nel 1899 — il « minimo risultato » ⁽⁸⁶⁾. Quel compro-

'sociale' sostenuta da Barazzuoli e da Chimirri (e poi anche da Guicciardini che ora occupava il Ministero di Agricoltura) e quella 'giuridica' proposta dall'emendamento Bonacci. La « transazione » — che era stata proposta da Nocito e prevedeva il raddoppio delle indennità in caso di infortuni avvenuti per colpa grave — venne approvata grazie ad un'improvvisa presa di posizione del Presidente del Consiglio (Di Rudini) per un necessario « componimento » delle contrapposte tendenze (Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni, Leg. XIX, 1. sess., tornata del 20 maggio, pp. 4408 e ss.*). Guicciardini, nel presentare la soluzione raggiunta alla Camera al Senato, parla di « equo temperamento »: il compromesso raggiunto rappresenta — dice — « un freno salutare per la responsabilità » (Cfr. *Atti Parlamentari, Senato del Regno, Documenti, Leg. XIX; 1. sess., doc. n. 161, p. 4*). Al Senato però si riaprono i contrasti ed il Ministro, di fronte a due relazioni dell'Ufficio Centrale (relatore Lampertico) che ridisegnano da capo le linee della legge, è costretto a ritirare il progetto.

⁽⁸⁵⁾ « Non ostante l'assicurazione effettuata colle norme da questa legge stabilite rimane la responsabilità civile a carico di coloro che siano assoggettati a condanna penale pel fatto dal quale l'infortunio è derivato. (...) Le precedenti disposizioni di questo articolo si applicano soltanto quando il fatto dal quale l'infortunio è derivato costituisce reato d'azione pubblica ». Il testo dell'art. 22 era quello di un nuovo disegno di legge presentato nella tornata del 13 aprile da Guicciardini al Senato (e che recepiva integralmente sul punto le proposte avanzate da Ferraris al Consiglio della Previdenza). Nella relazione si può notare una visibile confusione del Ministro che, come altri del resto, aveva a quel punto del lungo dibattito sostenuto le soluzioni più disparate (cfr. *Atti parlamentari, Senato del Regno, Documenti, Leg. XX, 1. sess., doc. n. 16*). Il disegno di legge questa volta viene approvato dal Senato e dalla Camera. Tra le voci contrarie spicca in Senato quella di Alessandro Rossi: « ... in tutto il disegno di legge figurate il capitale come tratto in stato d'accusa »; l'industriale è « messo a fronte delle leggi fiscali e burocratiche che da tutte le parti della nostra legislazione lo assediano »: « l'ispettore, il sospetto, il controllo, le diffidenze, le multe » (*Atti parlamentari, Senato del Regno, Discussioni, Leg. XX, 1. sess., tornata del 30 giugno 1897, p. 983 e ss. in particolare pp. 989 e 995*).

⁽⁸⁶⁾ E. GIRETTI, *La legge del massimo sforzo. A proposito della legge per l'assicurazione degli operai contro gli infortuni sul lavoro*, in *Giornale degli economisti*, XIX (serie seconda), 1 novembre 1899, pp. 452-464, p. 454: « Pare proprio destino fatale della legislazione italiana che non sia mai possibile stabilire una qualche ragionevole corrispondenza tra i fini che la legge si propone di raggiungere ed i mezzi che essa mette in

messo, però, era destinato a restare sino ai nostri giorni a caratterizzare le relazioni tra responsabilità civile ed assicurazione obbligatoria, a regolare i confini tra diritto civile e previdenza sociale (87).

Nel corso del dibattito lo scontro sulla colpa grave porta ad un avvicinamento di posizione, e talvolta ad una confusione, tra gli schieramenti. Si discute sulla possibilità di poter eliminare il riferimento alla colpa grave, ci si interroga sui poteri del legislatore di fronte ai principi giuridici fondamentali: si dà per scontato però che il principio del rischio professionale collegato all'assicurazione non abbia più alcun rapporto con il diritto comune. La possibilità per l'operaio di ottenere un risarcimento anche per gli infortuni cagionati da una sua colpa e dal caso fortuito non si connette in alcun modo ad una rinnovata visione della responsabilità di diritto comune, ma ad una semplice copertura previdenzial-pubblicistica dei danni fatali. L'unica relazione tra i due settori separati è data, dunque, dal meccanismo disposto nell'articolo 22 della legge (88).

Ai fini della nostra ricerca, è utile mettere meglio a fuoco le posizioni di coloro che non intendevano rinunciare ad un fonda-

azione. La regola costante, alla quale si informano i legislatori italiani è 'fare lo sforzo massimo per ottenere il minimo risultato' ».

(87) Per una ricostruzione di lungo periodo del tema, sino alle sentenze sul punto date dalla Corte Costituzionale è qui sufficiente rinviare a G.G. BALANDI, *Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del « rischio professionale »*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1976, pp. 93-116; C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal Codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritto secondi*, cit., pp. 38 e ss..

(88) Si possono leggere in tal senso anche gli interventi alla Camera di Guido Fusinato. Egli ribadisce, ripetendo letteralmente brani del suo scritto del 1887, la teoria del rischio professionale; ma essa assume il tono neutro di teoria tutta sviluppata in relazione al solo principio dell'assicurazione. Il rischio professionale opera solo come principio pubblicistico, scompare del tutto il riferimento ai principi civilistici della responsabilità. La preoccupazione principale di Fusinato durante il dibattito parlamentare della legge sugli infortuni fu comunque un'altra: quella di polemizzare contro i socialisti: « Mi rammentano — dice — il mago della favola, il quale conosceva gli scongiuri per chiamare le acque ma non conosceva quelli per arrestarle »; « Siete irresponsabili — urla rivolgendosi a Ferri — come le donne e come i preti » (cfr. gli interventi di Fusinato in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni, Leg. XIX*, 1. sess., tornata del 30 aprile 1896, pp. 3713 e ss.; tornata del 14 maggio, pp. 4197 e ss.; tornata del 20 maggio, pp. 4410). Una delle principali 'irresponsabilità' dei socialisti era quella di dare una pericolosa lettura della teoria del rischio professionale nell'ambito del diritto civile.

mento giuridico rigoroso della legge e che continuavano a ricercare possibili garanzie più ampie per l'operaio infortunato permanendo all'interno del diritto comune; particolarmente rilevante è tra queste voci quella dei socialisti.

Il fronte dei fautori del fondamento giuridico è composito, anche se esprime per lo più un prolungamento delle preoccupazioni di Auriti: se ne fa esplicito portavoce chi sostiene la capacità dei « principi eterni del diritto » di « piegarsi alle esigenze sempre nuove del vivere sociale »⁽⁸⁹⁾ ed ironizza contro le divisioni nette tra pubblico e privato, tra sociale e giuridico⁽⁹⁰⁾; chi insiste sulla negazione del concetto di transazione⁽⁹¹⁾ e richiede che si configuri l'indennizzo come un diritto⁽⁹²⁾; chi ritiene inassimilabile al danno da rischio professionale quello derivante da colpa grave dell'imprenditore, essendo quest'ultimo necessariamente sottoposto alle regole di « tutti i tempi e di tutti i luoghi » della responsabilità⁽⁹³⁾.

Richiamandosi alle interpretazioni più ardite avanzate dalla civilistica di quegli anni in tema di responsabilità, Riccardo Luzzatto

⁽⁸⁹⁾ Cfr. gli interventi di Rossi-Milano, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni*, Leg. XIX, 1. sess., tornata del 30 aprile 1896, pp. 3732 e ss..

⁽⁹⁰⁾ Cfr. in *ibidem*, intervento di Rossi Milano nella tornata del 16 maggio 1896, pp. 4281 e ss..

⁽⁹¹⁾ A presentare la legge sugli infortuni come una « legge di transazione » è soprattutto Chimirri (cfr. *ibidem*, tornata del 1 maggio 1896, pp. 3760 e ss.); ma non era certo isolato. Si cfr. anche, ad esempio, nello stesso senso l'intervento di Pasquale Villari al Senato nella tornata del 1 luglio del 1897: le legge non tocca il diritto comune — afferma Villari — essa infatti viene ad « invadere una provincia, in cui il Codice non è entrato »; essa rappresenta « una transazione »: « ... voi dovete accettare la legge, né potete sperare di risolvere mai il problema col Codice (...). Bisogna anzi, direi quasi, mettere un muro fra la legge sugli infortuni ed il diritto comune, acciò che nessuno dei due invada la provincia dell'altro » (*Atti Parlamentari, Senato del Regno, Discussioni*, Leg. XX, 1. sess., pp. 1026 e ss., p. 1029).

⁽⁹²⁾ Cfr., per tutti, l'intervento di Capruzzi, nella tornata del 16 maggio 1896, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni*, Leg. XIX, 1. sess., pp. 4255 e ss.

⁽⁹³⁾ Così Nocito: in *ibidem*, p. 4279. Si può richiamare, per molti aspetti, in questa tendenza anche Sonnino (che aderisce all'emendamento Bonacci): « Il male dice viene dal voler uscire dal diritto comune ». La sua posizione però si caratterizza soprattutto per il fatto — possiamo dirlo facendo riferimento alle posizioni dei deputati qui assunte a modello — di giungere a posizioni 'alla Auriti', partendo da un'analisi 'alla Chimirri' (tutta fondata sulla continua richiesta di pacificazione sociale). Cfr. in *ibidem*, tornata del 20 maggio 1896, pp. 4396 e ss. (la citazione è tratta da p. 4404).

può addirittura capovolgere la questione posta dalla legge sociale: « gli industriali vengono assicurati contro i danni degli infortuni a spese degli operai ». La legge proposta riesce solo ad eliminare le garanzie presenti nel diritto comune: abolisce per i datori di lavoro il diritto comune degli articoli 1151 e seguenti; attribuisce agli operai non un risarcimento, ma una cifra fissa, « un'elemosina ». La vera legge sociale, il vero nuovo diritto non deve essere, dunque, 'inventato', ma è già presente nel diritto comune: la teoria del rischio professionale ha le sue radici nel Codice civile, è sufficiente soltanto che l'interprete aguzzi bene la vista nella lettura ⁽⁹⁴⁾.

Le voci che in maniera più insistente si levano a difesa del diritto comune sono, però, soprattutto quelle dei socialisti. Quando abbandonano la posizione di disinteresse nei confronti della legge ⁽⁹⁵⁾, i socialisti appaiono come i più strenui difensori del diritto comune: sono, del resto, gli unici ad avanzare oramai una lettura 'civilistica' del principio del rischio professionale.

Non esiste alcuna ragione — è questo l'argomento di fondo — per ritenere che la responsabilità del datore di lavoro resti necessariamente assorbita nell'assicurazione obbligatoria. Anzi, un'interpretazione coerente del rischio professionale richiede proprio che ci si attenga al diritto comune. È in base al Codice che la magistratura riesce ad ottenere una protezione sempre più ampia per l'operaio infortunato: tale garanzia non può essere negata col protesto di accordare un'altra protezione ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni, Leg. XIX, 1. sess., tornata del 14 maggio 1896, pp. 4201 e ss. (la citazione è tratta da p. 4202).*

⁽⁹⁵⁾ « Il popolo operaio intuisce che questo nostro discutere su briciole dei diritti che gli spettano altro non rappresenta che un palliativo inutile (...) e non un atto fecondo di feconda rigenerazione sociale ». Così Berenini, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni, Leg. XIX, 1. sess., tornata del 30 aprile 1986, p. 3721*. In tal senso anni prima si era pronunciato Andrea Costa (cfr. *Ibidem, Leg. XV, 1. sess., tornata del 16 maggio 1885, pp. 13759 e ss.*).

⁽⁹⁶⁾ Cfr. l'intervento di Berenini (in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni, Leg. XIX, 1. sess., tornata del 13 maggio, p. 4176*): la legge rappresenta « un regresso a tutto danno dell'operaio, in quanto esso viene sottratto anche a quella protezione che oggi (dobbiamo dirlo ad onore della magistratura italiana) è stata sufficientemente data dalla legge comune, con una certa larghezza il più delle volte interpretata ». Nello stesso senso si confronti anche l'intervento di Ferri (in *ibidem, tornata del 15 maggio 1896, pp. 4239 e ss.*) che loda la magistratura (*ibidem, p. 4241*) e

Berenini, che sul tema è il portavoce del gruppo, parte da affermazioni che suonano analoghe a quelle di Auriti: « Non è una legge di transazione che voi ci date, non è e non deve essere una legge che si ispiri a meri criteri pietosi e benefici, che entri nell'ordine della pubblica beneficenza. È una legge governata da principi giuridici, se non antichi, nuovi pei quali all'antico diritto, che solo nel caso della colpa faceva sorgere la responsabilità (...) viene sostituito il diritto sorgente dal rischio professionale » (97). Ed è proprio riguardo alla configurazione del rischio professionale che si rivelano tutte le contraddizioni del disegno di legge governativo: « Una volta che voi mi concedete che il rischio professionale è qualche cosa di inerente all'industria come la pelle all'organismo umano (...) riconoscete conseguentemente che l'industria deve annoverare tra le sue perdite necessarie così il logoramento della macchina strumento, come il logoramento della persona (...); dal momento che riconoscete questo, non è più una concessione che fate all'operaio, quando gli affermate un diritto al risarcimento, anche nel caso che il danno derivi da causa fortuita e possa essere esclusa la colpa del proprietario o imprenditore (...). Non è principio di pietà o di sentimento umano che voi esplicate, ma un alto principio giuridico ». Occorre dunque essere semplicemente rigorosi nello sviluppo dei principi posti, essi non possono essere sviluppati solo a metà, creando « un *quid* giuridicamente informe » (98).

La lettura del rischio professionale entro i confini del diritto comune civilistico porta ad un completo capovolgimento di prospet-

riassume in termini molto prosaici la posizione dei socialisti: « ...lasciateci la responsabilità civile secondo il diritto comune ed aggiungete (...) l'assicurazione obbligatoria. Se voi invece per darci lo specchietto per le allodole dell'assicurazione obbligatoria, ci togliete il Codice civile, non potete che avere il nostro voto contrario » (*ibidem* p. 4244).

(97) *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni*, Leg. XIX, 1. sess., tornata del 13 maggio 1896, p. 4178.

(98) *Ivi*. La conseguenza coerente del principio era, per Berenini, anche quella di dover accordare all'operaio una protezione per le malattie professionali (*ibidem*, p. 4175). Cfr., sul punto anche, A. CABRINI, *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni del lavoro*, in *Critica sociale*, V, 4 (16 febbraio 1895), pp. 61/64, che richiama la richiesta avanzata, al Congresso internazionale degli infortuni di Milano (1894), da Anna Kuliscioff di una legislazione anche a protezione delle malattie: occorre « addossare ai padroni la responsabilità del larvato assassino che i sistemi di produzione (...) perpetrano ogni giorno, ogni ora, ogni minuto sulla persona dei proletari ».

tive: la difesa dei principi di diritto comune e del Codice non è più garanzia di privilegio per gli imprenditori, ma mostra inediti profili garantistici.

È la logica della separazione tra giuridico e sociale, tra diritto pubblico e diritto privato, quella della sottrazione del nuovo settore dai principi della responsabilità, che garantisce meno l'operaio. Quando oramai la scelta per il compromesso dell'art. 22 della legge è vicina alla conclusione, su *La critica sociale* appare un articolo che ci dà la misura dell'avvenuto capovolgimento della questione. La critica principale riguarda le deroghe apportate dalla legge al diritto comune: « gli operai sono messi fuori dal diritto comune e costituiti in confronto d'ogni altro cittadino in condizione di manifesta inferiorità giuridica ». La cancellazione del meccanismo comune di responsabilità nei confronti dei datori di lavoro rappresenta il segno del « nuovo diritto barbarico industriale », un diritto fatto di equivoche specialità, di compromessi: il temperamento stabilito dall'articolo 22 della legge in nulla attenua la deroga al diritto comune nei confronti degli operai; né vale a giustificare tale deroga quel principio di « intollerabile barbarie » che è il principio del rischio professionale, così come è stato inteso dalla legge, cioè come una fatale necessità delle disgrazie nell'esercizio dell'industria, accompagnata pertanto dalla insensatezza di ogni ricerca di responsabilità personale ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁹⁾ F. MAIRONI, *La legge sugli infortuni*, in *Critica sociale*, VIII, 3 (1 febbraio 1898), pp. 51/53. Non è possibile, fondare solo sulla scorta di tali affermazioni dei socialisti, un'improvvisa ampiezza della tutela accordata dalla magistratura e dal diritto comune all'operaio. Così invece, L. CONTI, *L'assistenza e la previdenza sociale. Storia e problemi*, Milano, Feltrinelli, 1958, pp. 43 e ss., secondo cui la legge sull'assicurazione obbligatoria era solo un rimedio per gli industriali di fronte all'estensione della responsabilità di diritto comune; giudizio poi ripreso, con un tentativo di verifica nella giurisprudenza, da I. PIVA, *Problemi giuridici e politici della « responsabilità » alle origini dell'assicurazione infortuni sul lavoro in Italia*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, LXVII, 1980, 5/6, pp. 649/666). Le affermazioni dei socialisti sulla validità del modello di diritto comune, sulla efficienza della magistratura, più che descrizioni realistiche della situazione giuridica del periodo (abbiamo visto, del resto, quante contraddizioni caratterizzassero le scelte dei giudici e sappiamo che i socialisti richiama-vano, con voce isolata nel dibattito parlamentare, un modello di responsabilità di diritto civile cui nessuno mostrava di credere), sono soprattutto un'espressione significativa delle incongruenze 'logiche' generate dalla sottrazione progressiva della conce-

Il rischio professionale non solo non viene utilizzato — aggiungono ancora i socialisti — giuridicamente, ma non viene richiamato neanche coerentemente a fondamento della legge. Bissolati, qualche giorno prima dell'approvazione della legge, insiste proprio su questo argomento. L'incapacità del legislatore di fondare coerentemente la legge su di un principio è palese: ci si richiama in modo generalizzato al rischio professionale, all'imprenditore che deve rispondere del caso fortuito, ma si stabilisce la incongruente esclusione dai benefici della legge dei lavoratori della campagna; non si fa alcun riferimento alle malattie professionali; si abbandona per gli imprenditori « l'incognita da cui vogliono essere liberati », « la responsabilità della loro colpa » (100).

Si può notare, andando al di là della posizione espressa nel dibattito parlamentare dai socialisti, che la 'rottura', la frammentazione del diritto comune uguale non rappresenta più l'aspetto della tutela, della garanzie contro un'uguaglianza formale rigidamente intesa. Paradossalmente le garanzie più importanti sono individuate (e proprio da chi vuole espandere maggiormente le tutele nei confronti dell'operaio) nell'interpretazione estensiva dei principi del Codice, nelle tutele accordate attraverso l'espansione dei meccanismi giuridici di diritto comune. Insomma, in quella logica 'pura' dei giuristi, in quella costituzione privatistica ora sconvolta, non si nascondevano solo privilegi, ma inevitabili garanzie difficili da ricostruire nel nuovo sistema che non solo è privo di principi comuni, ma che è anche incapace di produrre principi coerenti. Occorrerà attendere una legge che estenda il principio accordato agli operai dell'industria ai lavoratori della campagna, poi attendere una legge che estenda il principio alle malattie e così via.

Chimirri — che continuò con coerenza la sua battaglia a favore del modello di netta divisione tra responsabilità ed assicurazione — si sentì sconfitto dall'accettazione della soluzione di compromesso

zione di tutela, di garanzia, dalla sfera del diritto 'uguale'. Abbandonando gli unitari principi di responsabilità, tutte le soluzioni sono possibili ed accordano garanzie contrastanti: è sufficiente spostare di poco l'interpretazione del diritto comune per trasformare le tutele in privilegi e per ritrovare lucidi conservatori e socialisti a presidio delle antiche certezze del diritto uguale.

(100) Cfr. l'intervento di Bissolati in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni*, Leg. XX, 1. sess., tornata del giorno 8 marzo 1898, pp. 5061 e ss..

dell'articolo 22 che, a suo dire, falsava completamente quella legge verso cui egli continuava a nutrire « un sentimento di paternità »⁽¹⁰¹⁾. In realtà, ad essere 'sconfitta' era quella mentalità cui egli si era decisamente opposto: quella fondata sulla logica dei giuristi e sull'espansione del diritto comune. La 'contaminazione' di criteri collocati su piani diversi — giuridico/sociale; privato/pubblico — che Chimirri lamentava, era, in fondo, l'espressione di scelte che accettavano proprio quella visione del diritto come 'mero condimento' e non come fondamento unitario della legge da sviluppare coerentemente; anche quelle 'contaminazioni' erano, insomma, espressione della prospettiva da lui proposta.

Se non sconfitta, certo profondamente mutata, usciva dal dibattito sugli infortuni la visione del primato, dell'intangibilità della costituzione privatistica cui formalmente nessuno intendeva rinunciare; come profondamente mutata era, nel corso delle varie fasi del dibattito, la visione di un'espansione del diritto affidata alle elaborazioni lente dei giureconsulti. L'importanza della lettura fornita dai giuristi alla legge speciale — o, se si preferisce: l'importanza attribuita dai giuristi alle loro letture della legge speciale — non attenua la svolta più ampia che si realizzava in quel momento. Quel diritto mai espressione del 'capriccio del legislatore', maneggiato dalla sapienza antica dei giureconsulti, cui si riferiva Serafini quando proclamava che il legislatore « viene ultimo », è ben difficile da intravedere. Come è sempre più difficile da intravedere quel primato della figura del civilista — così ancora profondamente radicato nei sistemi del periodo — volto a trasformare e ad adeguare al sociale i suoi immutabili principi. Si ascolti, del resto, la voce di Pasquale Villari che, a distanza di qualche anno dall'approvazione della legge sugli infortuni, ne ripercorreva l'itinerario parlamentare: « La ragione vera per giustificare la legge non si sarebbe mai trovata, se non si abbandonava il criterio strettamente giuridico. Colla grande industria erano sorti fatti nuovi, nuove relazioni fra gli uomini, le quali avevano creato la necessità di leggi nuove. Coloro che si erano educati solo alla conoscenza, all'interpretazione, all'applicazione delle leggi esistenti, non erano i più atti a

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. soprattutto l'intervento del 3 marzo 1898 (*Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni*, Leg. XX, 1. sess., pp. 4969 e ss.

comprendere l'importanza dei nuovi interessi sociali che richiedevano provvedimenti nuovi » (102).

3. *Responsabilità e « criterio di utilità sociale »: la legge del 1898 e l'interprete.*

Un'analisi puntuale delle letture avanzate dagli interpreti della legge sugli infortuni — interpreti che sono per lo più, come sappiamo, dei commentatori dediti all'esegesi della legge del 1898 e delle sue successive modificazioni (103) — ci costringerebbe a ripercorrere molti aspetti già considerati e a constatare l'assenza di uno specifico dibattito dottrinale sull'assicurazione obbligatoria e sulla responsabilità di diritto comune. Ci pare pertanto sufficiente fare un brevissimo cenno alla questione.

Lasciando da parte le schermaglie esegetiche sull'interpretazione di questo o quel comma della legge e del successivo Testo Unico — interpretazioni di sicuro rilevanti ai fini di un'indagine sulle origini del sistema della previdenza sociale, ma che ci porterebbero molto lontani dal nostro itinerario di ricerca (104) —, è ancora la disputa sul fondamento 'giuridico' o 'sociale' della legge ad attrarre l'attenzione degli interpreti. Si ripresentano le distinzioni

(102) P. VILLARI, *Le facoltà giuridiche e le scuole di scienze sociali*, Firenze, tip. Landi, 1903, p. 27.

(103) Cfr. la legge 29 giugno 1903, n. 243; il Testo Unico 31 gennaio 1904, n. 51; il Regolamento (13 marzo 1904, n. 141) per la esecuzione della legge (Testo Unico) degli operai sul lavoro. Si cfr. comunque i commenti indicati sopra (alla nota n. 4 del presente capitolo).

(104) È sufficiente pensare alle indagini di medicina legale sui rapporti tra infortuni e malattia, alle ricerche tendenti ad inquadrare le malattie organiche in riferimento alla stretta o alle poste dalla legge riguardo alle modalità dell'infortunio (« causa violenta » e « occasione di lavoro »). Cfr., per tutti, i ripetuti interventi di L. BORRI comparsi sulla *Rivista degli infortuni del lavoro*: si cfr., in particolare, ID., « *Causa violenta in occasione di lavoro* » ai termini dell'art. 7 della legge 17 marzo 1898, n. 80, in *ibidem*, III, 4 (15 aprile 1901), cc. 166 e ss.; ID., *Il criterio del danno economico nella valutazione della lesione da infortunio del lavoro*, in *ibidem*, III, 5 (15 maggio 1901), cc. 193 e ss.; ID., *Criteri di legislatori, di magistrati, di patrocinanti intorno alle formule « causa violenta in occasione di lavoro »*, in *ibidem*, IV, 4 (30 aprile 1902) cc. 341 e ss.. Per un'analisi della questione cfr. A. CHERUBINI-A. COLUCCIA, *La previdenza sociale nell'epoca giolittiana. I. L'infortunio sul lavoro nell'industria*, in *Previdenza sociale*, 1984, 1, pp. 3-50.

avanzate durante il dibattito parlamentare, e spesso subiscono ulteriori capovolgimenti.

La legge, si afferma unanimi, si fonda sul principio del rischio professionale. Le divergenze incominciano nel momento in cui si tenta di guardare all'interno della formula. Quel principio rappresenta semplicemente « una transazione tra le ragioni del diritto e le necessità sociali »; esso affaccia un principio socialistico nella nostra legislazione: « rendere con forma speciale obbligatoria la legge di carità, che impone al ricco di aiutare il povero » (105). Con la scelta del rischio professionale, si prosegue su questa linea — che riecheggia naturalmente le posizioni di Chimirri —, il legislatore ha scelto « l'idea moderna, più vera ed esatta », quella di fondare « nel diritto pubblico e in questo soltanto la soluzione del problema ». È partendo da tale certezza che occorre affrontare la lettura della legge, accettando « una verità indiscutibile e che deve costantemente illuminare chi è chiamato ad applicare la legge in questione, e cioè che il rischio professionale e la responsabilità civile sono due termini assolutamente inconciliabili tra di loro » (106).

Allo stesso risultato, del resto, giunge chi ricerca senza successo una giustificazione giuridica capace di spiegare la linea di confine stabilita dal legislatore fra il campo dell'assicurazione e quello della responsabilità civile (107): « Come si giustifica questo sistema? Evidentemente non con principi giuridici del diritto privato. Colpe di qualunque grado e rischio professionale (...) sono termini inconciliabili. È altrove che bisogna cercare la giustificazione. Essa va ricercata nell'interesse sociale » (108).

(105) L. BUZI, *Del fondamento dell'azione di danni per infortunio sul lavoro intentata dall'operaio contro il padrone*, Frosinone, Stracca, 1897, p. 14.

(106) In base a questa convinzione, si invita la giurisprudenza a rimanere nel campo del diritto pubblico e ad interpretare l'articolo 22 della legge scorgendovi solo la volontà del legislatore di esonerare gli imprenditori dall'onere della responsabilità civile secondo gli articoli 1151 e ss. del Codice civile. Così A. BRUSCHETTINI, *La responsabilità civile dell'imprenditore secondo la legge 17 marzo 1898*, in *Rivista sugli infortuni sul lavoro*, I, 1 (gennaio 1899), cc. 3 e ss..

(107) Confine segnato dall'articolo 24 (« Salvo i casi previsti dall'articolo 22, i capi o esercenti (...) restano esonerati dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro ») e dall'art. 22 che, come sappiamo, stabiliva il permanere della responsabilità civile « quando il fatto dal quale l'infortunio è derivato costituisce reato d'azione pubblica ».

(108) A. POZZOLINI, *Stretto diritto e interesse sociale nella legge sugli infortuni sul*

Ad una spiegazione della legge sugli infortuni e del rischio professionale come espressione della « pura convenienza sociale » si oppone, invece, chi rifiuta una lettura incapace di scorgere in essa l'espressione di un « nuovo diritto ». Riaffiorano, in questa direzione, alcune convinzioni dei deputati che ponevano la « questione giuridica »: « Il diritto non è tutto nel Codice civile; il Codice è il diritto tradizionale codificato; ma al di fuori del Codice si va incessantemente e ad ogni passo elaborando un nuovo diritto, secondo i nuovi e molteplici rapporti sociali, che con meravigliosa rapidità si vengono creando » (109).

Partendo da questo assunto, si giunge ad affermare che la legge sugli infortuni non « forma eccezione ai principi generali del diritto », ma rappresenta uno « *jus novum* generato dai principi primitivi di ragione giuridica naturale, e dove, se pur vi concorre il principio di utilità, vi predomina tuttavia il principio di assoluta giustizia » (110). Si giunge pertanto a negare la natura eccezionale

lavoro, in *La scuola positiva*, IX, 4 (aprile 1899), p. 207; cfr. anche p. 204: in questa materia, che tocca « una delle cause più potenti di attrito di classe », bisogna far riferimento, « più che alle rigorose formule del diritto privato », a « criteri d'opportunità e di pratica convenienza, i quali trovano più facilmente posto nel campo del diritto pubblico ».

(109) O. QUARTA, *Natura giuridica della legge 17 marzo 1898*, in *Rivista sugli infortuni sul lavoro*, II, 4, (aprile 1900), c. 164. Lo scritto è tratto dal Discorso pronunciato nell'assemblea generale della Corte di Cassazione di Roma il 3 gennaio 1900.

(110) *Ibidem*, c. 159. Oronzo Quarta — era Avvocato generale presso la Corte di Cassazione di Roma — fu il primo a prendere una posizione critica contro le interpretazioni restrittive della legge sugli infortuni in quanto legge eccezionale (va ricordato che l'art. 4 delle Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale, premesse al Codice civile del 1865, stabiliva che « Le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi ed i tempi in esse espressi »). Quarta ritiene possibile l'interpretazione estensiva in base alla distinzione tra « leggi eccezionali » e « legge speciali »: « Le prime sono il contrapposto dello *ius commune*, ed hanno la loro ragione d'essere esclusivamente nel principio di utilità; le seconde hanno un oggetto ed un campo proprio, distinte dalle altre e tutte insieme spingono l'umanità avanti ed incarnano, progredendo sempre, le norme eterne di giustizia, i principii organici del diritto » (O. QUARTA, *Natura giuridica della legge 17 marzo 1898*, cit., c. 164). Cfr., nello stesso senso, T. GIORGI, *Natura giuridica ed interpretazione della legge sugli infortuni*, in *Il contratto di lavoro*, IV, 1907, pp. 41 e ss.. Tale distinzione è respinta da Francesco Carnelutti, che pur si adopera nella stessa direzione di rendere possibile un'interpreta-

della legge e a chiedere ai giuristi di interpretarla in maniera estensiva. Pone negli stessi termini il discorso chi propone di « fondere il diritto nuovo col diritto comune preesistente », per giungere ad « un diritto civile nuovo, punto eccezionale » e « all'unificazione delle teorie sulla responsabilità civile ». In questa direzione, naturalmente, lo sforzo è quello di ricongiungere « la teoria del danno obiettivo » con la nuova legge: i civilisti sono invitati, insomma, a guardare in modo diverso « il problema della responsabilità civile » a fronte della legge sugli infortuni ⁽¹¹¹⁾.

Accentuare il carattere sociale della legge significa dunque marcarne la sua eccezionalità rispetto al diritto comune; individuare la *ratio juris* sottesa all'*utilitas* e alla *necessitas* della legge, apparentemente solo sociale, significa respingere la sua eccezionalità e prospettarne interpretazioni estensive, significa dunque assecondare quella naturale espansione del diritto al di là del Codice, leggendo

zione estensiva della legge sugli infortuni (cfr. F. CARNELUTTI, *Criterii di interpretazione della legge sugli infortuni*, cit., p. 11).

⁽¹¹¹⁾ L. RATTO, *Il concetto di infortunio sul lavoro e la responsabilità dei padroni*, in *La legge*, XLVIII, 1903, cc. 813/814 e 816. Alle 'buone intenzioni' presenti in questo scritto del 1903 corrisponde però soltanto quella complessiva fragilità delle argomentazioni che spesso accompagnava gli scritti di Ratto. Negli anni Novanta egli si era, sempre in tema di infortuni sul lavoro, dapprima schierato a favore della tesi della responsabilità contrattuale del datore di lavoro (cfr. *Nota* a Corte d'Appello di Genova, 5 febbraio 1894, in *La legge*, XXXIV, 1894, II, pp. 16 e ss.); era diventato poi — nel 1896 — un critico feroce della tesi di Saintelette e di Sauzet; si era spinto a ritenere possibile l'inversione dell'onere della prova raggiunto per via legislativa (accogliendo l'isolata proposta avanzata nel 1895 da Vidari); si era opposto decisamente alla prospettiva di Cavagnari di una 'giurisprudenza creativa' (ma qualche anno prima aveva esaltato la funzione della giurisprudenza nel suo scritto *Sociologia o filosofia del diritto*, Torino, 1894) ed aveva invocato come unica soluzione del problema l'intervento del legislatore. « Noi (...) che pur desideriamo ardentemente riforme sociali del diritto privato, deploriamo che la magistratura nostra certe volte voglia correggere l'ingiustizia della legge ». La teoria della responsabilità contrattuale del datore di lavoro è da respingere proprio perché esalta la cosiddetta « missione creatrice della giurisprudenza »: « è esagerata pel suo carattere di reazione in senso socialista all'antica dottrina », « non è possibile trasformare il conduttore d'opera in un assicuratore della vita e della salute dell'operaio »; « il rischio professionale » (quello corrispondente ai « due terzi se non ai tre quarti degli infortuni sul lavoro (...) come dimostra la statistica ») non può trovare in base al diritto comune alcun risarcimento: occorre attendere soltanto l'intervento riformatore. L. RATTO, *La responsabilità dei padroni per gli infortuni del lavoro*, in *La legge*, XXXVI, 1896, II, pp. 603 e ss..

pazientemente 'nel giuridico' i segni forniti dal legislatore. Una tale impostazione, che ripete fedelmente le divisioni riscontrate nel dibattito parlamentare, viene qualche volta capovolta.

L'interpretazione estensiva della legge è fondata proprio sulla presenza in essa di « fini sociali », di « fini pacificatori »: penetrare nello 'spirito' della legge, non considerarla come « legge eccezionale o di privilegio », significa dunque riuscire a scorgere in essa non il legame con il giuridico, ma il suo aspetto sociale: quella legge « cattiva in se stessa » è « un acconto di giustizia sociale per i lavoratori stroncati dalla grande industria » (112). L'interpretazione estensiva dei principi della legge è richiesta — come si dirà qualche anno più tardi — « e pietà e politica e sociologia brandendo come spada » (113).

È sufficiente arrestarsi a questo punto per notare il disagio degli interpreti di fronte alla legge: si esprimeva nella loro difficoltà di collocare esattamente i ricorrenti principi di 'utilità sociale' entro il quadro delle certezze del diritto comune; nella loro incapacità di leggere un diritto prodotto dall'uso nuovo della legge come flessibile 'arma' politica anche nel settore degli 'immutabili' principi del diritto civile. In questa situazione, i più illustri civilisti tacciono e continuano a delineare i loro sistemi accentuandone le finzioni, ed il ruolo più rilevante nell'interpretazione della legge sugli infortuni è svolto dalla giurisprudenza, costretta, applicandola quotidiana-

(112) F. ARCA, *Gli operai dello Stato, delle Provincie e dei Comuni di fronte alla legge sugli infortuni*, in *Il contratto di lavoro*, IV, 1907, p. 77.

(113) Così Baldi, cit. in A. DE CUPIS, *Le concause nel diritto degli infortuni e i principi del diritto comune*, Roma, 1934, p. 15. Uno studio quest'ultimo che, per inciso, può essere segnalato per quella faticosa ricerca di principi giuridici unitari nella avvenuta frammentazione del quadro del diritto comune civilistico: « Le esigenze della vita moderna hanno determinato la formazione, accanto al diritto civile, di un diritto 'industriale', ovvero, con parola più frequentemente usata, 'del lavoro'. Attraverso questa formazione, si sono prospettate all'interprete e allo studioso del diritto numerose situazioni giuridiche per le quali sarebbe vano ricercare nel diritto comune una base o un punto di partenza: in conseguenza, il fatto che alcuni elementi fondamentali, quali il rapporto di causalità materiale, siano rimasti giuridicamente immutati, è l'espressione tanto più evidente del valore universale ed essenziale dei principi giuridici regolatori » (*ibidem*, pp. 138/139).

mente, a misurarne di continuo le relazioni con il diritto comune (114).

Le innumerevoli sentenze che affrontano la questione della natura giuridica della legge del sugli infortuni possono comunque essere inserite all'interno degli schemi precedentemente delineati.

Le interpretazioni restrittive della legge richiamano l'articolo 4 delle disposizioni preliminari al Codice civile come una barriera per impedire l'ingresso delle disposizioni puramente sociali ed eccezionali della legge all'interno dei principi giuridici del diritto comune (115): invocano, per aver conferma del carattere « eccezionale e derogatorio » della legge, l'autorità dei lavori preparatori (116);

(114) In tale applicazione della legge, emergono naturalmente non solo le connessioni con il diritto comune, ma anche principi generali 'autonomi', principi 'estravaganti' rispetto al quadro sempre più frammentato del diritto comune civilistico. Enfatiche ma condivisibili sono le affermazioni premesse alla prima raccolta di sentenze promossa dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Ispettorato generale del Credito e della Previdenza) nel settore infortunistico. A parlare è l'Ispettore generale: « In tale campo la giurisprudenza torna quasi ad assumere l'antica funzione dell'Editto Pretorio: questo nuovo diritto operaio, di cui si viene tessendo la trama con opera assidua e sempre più incalzante, si discosta siffattamente dal diritto comune, che la ricerca dei suoi principii generali conduce ad un lavoro d'interpretazione, acuta e intensa, così da parere, ed essere talvolta vera creazione. Anzi, la prima e fondamentale quistione, che assai spesso, com'è naturale, presentasi agli interpreti, è appunto quella delle relazioni col diritto comune, quistione non raramente risolta (...) nel senso di una franca autonomia della nuova legge sociale, come facente parte idealmente d'un altro *Corpus Juris* di là da venire » (F. MAGALDI, *Premessa a Infortuni sul lavoro. Giurisprudenza giudiziaria, (Annali del credito e della previdenza)*, Roma, Bertero, 1906, vol. I, p. V e VI.

(115) Cfr. Tribunale di Venezia, 25 luglio 1904, in *Infortuni sul lavoro. giurisprudenza giudiziaria*, cit., I, pp. 182 e ss.; Tribunale di Napoli, 11 aprile 1904, in *ibidem*, pp. 119 e ss..

(116) Cfr. Corte d'Appello di Milano, 30 marzo 1904, in *Infortuni sul lavoro. giurisprudenza giudiziaria*, cit., I, pp. 256 e ss.; p. 257: « per andar persuasi del carattere eccezionale e derogatorio di questa legge speciale del 1898 basterebbe rilevare che essa (...) obbliga l'industriale od impresario di assicurare a proprie spese l'operaio, invertendo e sconvolgendo così i principii cardinali del diritto comune (...). Lo scopo di questa legge, che, come disse l'on. Gianoglio [*sic*] nelle discussioni parlamentari, 'esce dal diritto comune', fu quello di raggiungere la pacificazione sociale (...) ». Cfr. anche Corte di Cassazione di Firenze, 18 gennaio 1904, in *Infortuni sul lavoro. giurisprudenza giudiziaria*, cit., I, pp. 384 e ss.; p. 388: la legge rappresenta uno *jus singulare* « derogatoria per conseguenza ai principii generali di diritto e quindi da interpretarsi sempre restrittivamente (...). E che tale sia la natura e il carattere della legge lo si rileva dalle discussioni avvenute in Senato e in Parlamento là dove si disse che si intendeva e

sottolineano la non uguaglianza nel rapporto tra datore di lavoro ed operaio presente nella legge sociale in quanto « legge di favore », « legge di utilità e di convenienza sociale, ispirata da ragioni economico-politiche, anziché giuridiche » (117).

I giudici che propongono invece l'interpretazione estensiva della legge — facendo spesso riferimento alle argomentazioni di Oronzo Quarta e di Francesco Carnelutti (118) — si richiamano ai « nuovi principi » presenti nella legge sugli infortuni; legge speciale, e non eccezionale, in quanto « regola una materia a sé (...) meritevole di particolare disciplina giuridica », e « in tale campo la legge speciale deve imperare a preferenza dei Codici » (119). In alcuni casi i giudici insistono, sempre al fine di affermare l'interpretazione estensiva, in maniera più diretta sulla distanza del rischio professionale dal diritto comune e dai principi della responsabilità (120); in altri, con maggior

doveva fare una legge col carattere di transazione allo scopo di ottenere una pacificazione sociale ».

(117) Così la Corte di Cassazione di Firenze, in due sentenze emesse in data 18 gennaio 1904 (Soc. Assicuratrice Italiana c. Basso; Assic. It. e Società Anonima Infortuni c. Bisaro), in *Infortuni sul lavoro. Giurisprudenza giudiziaria*, cit., I, pp. 379 e ss.; e 383 e ss. (citazioni dalle pp. 381 e 388). Cfr. ancora p. 388: « Né dicasi che trattasi di legge di favore da interpretare perciò estensivamente, perché se per un verso essa favorisce gli operai proteggendone il lavoro collettivo in caso d'infortunio, aggrava per un altro verso la mano sugli industriali, imponendo loro un'assicurazione obbligatoria alla quale non sarebbero tenuti secondo le norme del Codice civile, per cui torna sempre a galla la natura eccezionale e derogatoria della legge ai principi generali di diritto ».

(118) Lo studio di Carnelutti, già più volte richiamato, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni* fu pubblicato per la prima volta nel 1904 come replica alle argomentazioni avanzate nelle sentenze della Cassazione fiorentina richiamate nella nota precedente.

(119) Cfr. Tribunale di Roma, 9 maggio 1904, in *Infortuni sul lavoro. Giurisprudenza giudiziaria*, cit., I, pp. 139 e ss.. Anche in questo caso non si esita ad invocare l'interpretazione autentica del legislatore: « E che le leggi sugli infortuni non siano eccezionali ce lo insegna l'interpretazione autentica del legislatore, il quale colla nuova legge 29 giugno 1903, n. 243, ha esteso i benefici della legge precedente ».

(120) Cfr. Pretura di Roma (III Mandamento), 31 gennaio 1904, in *Infortuni sul lavoro. Giurisprudenza giudiziaria*, cit., I, pp. 84 e ss.; Corte di cassazione di Torino, 19 ottobre 1904, in *Ibidem*, pp. 427 e ss.; « Se di legge di eccezione si sarebbe potuto parlare quando la tutela dell'operaio contro gli infortuni si fosse adagiata sul principio della responsabilità civile (...) lo stesso non può dirsi dopo che essa venne fondata sul criterio dell'assicurazione contro i rischi professionali per cui l'industria, nell'atto che genera gli infortuni ne sopporta le conseguenze (...). In questi termini esula ogni concetto

semplicità, si limitano a notare che « con questo metodo soltanto di larga interpretazione si può corrispondere allo scopo umanitario, al quale fu ispirata la legge del 17 marzo 1898 » ⁽¹²¹⁾.

Quello che si può notare seguendo la disputa sulla natura giuridica della legge degli infortuni nella giurisprudenza è che essa procedeva alla costruzione alluvionale di un complesso di principi giuridici sulle normative del legislatore. Tra questi principi e quelli del diritto comune si scavava sempre di più un fossato profondo, fatto di diversità di letture specialistiche, di rivendicazioni di autonomie settoriali dei principi, di distanze, ritenute incolmabili, tra normative sociali, « diritto nuovissimo », e diritto tradizionale. A contatto con il caso particolare, e in presenza di specifiche normative, quel riferimento continuo ai principi del diritto comune civilistico che caratterizzava la lettura dei precedenti interpreti si attenua sempre più, mentre acquista consistenza la rivendicazione di un'autonomia giuridica del nuovo settore, mentre cresce la disgregazione

di uno *jus singulare* o privilegio che possa consentire una interpretazione restrittiva ». Cfr. ancora in tal senso Corte di Cassazione di Torino, 21 dicembre 1904, in *ibidem*, pp. 458 e ss..

⁽¹²¹⁾ Corte di Cassazione di Napoli, 31 luglio 1905, in *Infortuni sul lavoro. Giurisprudenza giudiziaria, (Annali del credito e della previdenza)*, Roma, Bertero, vol. II, 1908, pp. 583 e ss. p.585. La sentenza mirava ad affermare la risarcibilità degli infortuni per malattie organiche. Nello stesso senso si cfr. la nota sentenza della stessa Corte di Cassazione di Napoli di qualche mese antecedente (26 aprile 1905, in *Infortuni sul lavoro. Giurisprudenza giudiziaria*, cit., II, pp. 559 e ss.). Quest'ultima sentenza si riferisce ad un caso che appassionò i commentatori — giuristi e medici legali — del periodo: la configurabilità o meno della peste come infortunio sul lavoro. Giova ascoltare il ragionamento dei giudici (che riprendono gli argomenti avanzati sul tema nella *Rivista degli infortuni sul lavoro* dal medico legale Lorenzo Borri) impegnati nell'interpretazione estensiva del primo comma dell'articolo 7 della legge sugli infortuni (stabiliva, com'è noto, che « L'assicurazione deve essere fatta ... per tutti i casi di morte o lesioni personali provenienti da infortunio, che avvenga per causa violenta in occasione del lavoro... »): « potrebbe mai dubitarsi — scrivono i giudici della Cassazione napoletana — che la peste bubbonica non sia una letale infezione che agisce con violenza sull'organismo umano e l'abbatte con breve decorso? e potrebbe negarsi che il bacillo della peste rapidamente si avventa per contagio all'uomo inoculandogli il germe del male? E potrebbe respingersi dal soccorso della legge un operaio che, costretto dal suo lavoro ad avere un contatto con uomini e cose infette dal bacillo pestoso, ne rimane contagiato soccombendovi? Come si farebbe a non ammettere la causa violenta, l'occasione del lavoro e la conseguenza dell'infortunio, cioè il nesso di causalità fra il danno ed il lavoro che l'ha occasionata? » (*ibidem*, p. 561).

del diritto comune civilistico come quadro 'immutabile' di principi giuridici cui fare riferimento. Non è un caso che l'interpretazione estensiva della legge venga sempre di più fondata dai giudici sull'autonomia giuridica del nuovo settore di ancora difficile definizione. Le iniziali affermazioni della necessaria 'eccezionalità', rispetto al 'vero' diritto, al diritto comune, della legge 'solo sociale' cadono progressivamente, e sempre di più nel ragionamento dei giudici si fa riferimento ad un settore di diritto autonomo, con una sua necessaria autonomia anche nei principi, rispetto ad diritto comune che oramai non ha più senso definire tale ⁽¹²²⁾.

È forse opportuno, a questo punto, far ancora riferimento all'intervento di Carnelutti da cui aveva preso l'avvio in questo capitolo la nostra indagine. Lo scritto, abbiamo detto, rappresenta un compromesso tra le ragioni dei giuristi — e si può aggiungere di quel che restava del mito dei principi costituzionali del diritto comune civilistico — e le ragioni del legislatore. L'indagine è notissima, ma è utile riassumerne brevemente i contenuti per precisare quanto fin qui detto. L'obiettivo di Carnelutti è quello di negare le interpretazioni restrittive della legge sugli infortuni, superando l'ostacolo di quanti invocavano in tal senso la lettera dell'articolo 4 delle disposizioni preliminari al Codice civile. Il discorso di Carnelutti è diviso su due piani: quello del « diritto costituendo » e quello del diritto positivo. L'interpretazione restrittiva della legge sugli infortuni è senz'altro irragionevole rispetto al primo piano del discorso. Sul piano logico, infatti, « il criterio discretivo tra legge generale e legge eccezionale (...) non può che essere un criterio di prevalenza quantitativa »; la distinzione non deve dunque essere posta, sulla scorta del frammento di Paolo e delle interpretazioni di

⁽¹²²⁾ Cfr., ad esempio, Corte di Cassazione di Napoli, 26 aprile 1905, cit., p. 560: « Dapprima, per ragioni tratte più dal ricordo di rigorosi principii giuridici che da considerazioni economiche e sociali, si volle riconoscere nella legge sugli infortuni nel lavoro una natura eccezionale e di favore; ma di poi allargandosi il campo della discussione ed elevandosi ai fini di una sociale utilità, fu dal maggior numero di collegi giudiziari e di scrittori ammesso che una legge la quale provvede allo equilibrio fra il profitto e il danno ricavabile dal lavoro, ed imposta da nuovi bisogni delle diverse classi della società, sia una legge nuova che per la sua costituzione dovrà con altra disposizione entrare a stabilire un nuovo diritto industriale, che comprenderà il contratto di lavoro e lo regolerà in tutte le sue forme ed in tutte le sue manifestazioni evolutive ».

Savigny, in uno *jus commune* derivante dal puro diritto (*jus* o *aequitas*) ed una fonte estranea basata sulla *utilitas* o *necessitas*. A sostegno di tale argomento sta la semplice ragione che « tutto il diritto, anche lo *jus commune* e la espressione di una *utilitas* » e che « il diritto anomalo, per essere il prodotto di una utilità o di una necessità, non cessa di essere puro diritto, posto che la utilità e la necessità si sono tradotte in una norma di diritto » (123). I criteri guida dell'interpretazione non possono pertanto essere tratti dal « rapporto di eccezione a regola », ma dal rapporto tra il giurista e « la coscienza giuridica contemporanea », quel « diritto che vive nella coscienza collettiva, sia o non sia scritto sulle pagine dei Codici » che sta « nell'intimo della vita sociale » (124).

Se in base a tali argomentazioni la sottoposizione all'articolo 4 delle disposizioni preliminari rappresenta « un legame intollerabile per l'interprete », la questione muta sul piano del diritto positivo. Qui di fronte a tale articolo occorre riconoscere con franchezza che « la responsabilità oggettiva dell'industriale, nella forma particolare della assicurazione obbligatoria, costituisce eccezione di fronte al principio generale della responsabilità oggettiva dominante il nostro diritto comune » (125). Fatto questo doveroso riconoscimento della eccezionalità della legge (giudicata, in base a quanto detto prima, secondo il criterio quantitativo della 'sfera di applicazione') ed esclusa la fragile distinzione tra leggi eccezionali e leggi speciali, all'interprete non resta che ridimensionare la portata dell'articolo 4 delle disposizioni preliminari: esso — dice Carnelutti — vieta per le leggi eccezionali solo l'argomento di analogia e non l'interpretazione estensiva. Allorché l'analisi grammaticale e logica lasci dubbi tra più soluzioni, il quesito relativo alla scelta tra interpretazione estensiva o interpretazione restrittiva della legge può pertanto esser posto, essendo irrilevante il carattere eccezionale della legge, solo in riferimento « alla intima essenza della legge stessa » (126).

A questo punto Carnelutti può passare a ricercare « lo spirito »

(123) F. CARNELUTTI, *Criterii di interpretazione della legge su gli infortuni*, cit., pp. 4 e 5.

(124) *Ibidem*, pp. 9 e 10.

(125) *Ibidem*, p. 11.

(126) *Ibidem*, p. 19.

della legge sugli infortuni e a negare nel dettaglio gli argomenti addotti a fondamento delle interpretazioni restrittive: egli tiene principalmente a respingere l'affermazione dell'esclusivo carattere di mera transazione di interessi, di mera convenienza sociale, presente nella legge. Qui Carnelutti lancia tutti i suoi strali logici contro le dicotomie che ne avevano caratterizzato la lettura: « una legge che non sia conforme a un principio giuridico è un assurdo »; nella legge sugli infortuni si deve « seguire e sorprendere il germogliare di un principio giuridico dall'irrequieto fondo dei bisogni sociali »; se anche i legislatori parlarono di pacificazione, di transazione, di concessioni, il giurista deve dire che « essi furono di corta veduta e che agirono come stromenti inconsapevoli di progresso »⁽¹²⁷⁾. Il giurista, insomma, proprio utilizzando la griglia logica precedentemente costruita, deve necessariamente affermare che « le ragioni di convenienza o di necessità che (...) ispirarono [i legislatori] erano il travestimento del bisogno giuridico »: « Non confondiamo le ragioni profonde della legge con gli impulsi immediati del legislatore »⁽¹²⁸⁾.

Dimostrato che la legge sugli infortuni rappresenta « un principio di diritto », ancora un'operazione fondamentale resta da compiere per chiudere il discorso: collocare quella legge entro il più vasto ordine del giuridico, sistematizzarla. L'interprete, infatti, « non deve arrestarsi alla sterile constatazione dell'indole derogatoria della legge di fronte al diritto comune, ma deve indagarne più addentro l'intimo significato in rapporto alle tendenze del suo tempo »⁽¹²⁹⁾.

Ed è nel fissare 'l'intimo significato' che il giurista può ricongiungere ancora entro l'ordine di un provvisorio sistema le analisi civilistiche che hanno messo a nudo 'il diritto che vive nella coscienza collettiva' e le dichiarazioni di quei legislatori di 'corta veduta', spesso solo 'strumenti inconsapevoli' di progresso. Il quadro unitario è in tal modo ricomposto; l'*utilitas* è accordata con la

⁽¹²⁷⁾ *Ibidem*, pp. 20 e 23.

⁽¹²⁸⁾ *Ibidem* pp. 23 e 24. Del resto, contro le affermazioni 'alla Chimirri' della legge sociale come legge di transazione, si possono negli stessi atti parlamentari trovare continue rivendicazioni della giuridicità della legge sociale (e qui naturalmente Carnelutti non può che pescare nella linea che noi abbiamo detto di Auriti e nelle argomentazioni dei socialisti, quelle di Berenini in particolare).

⁽¹²⁹⁾ F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione della legge su gli infortuni*, cit., p. 45.

ratio juris. E, quello che più conta, la funzione del giurista torna ad essere nuovamente esaltata rispetto ad un legislatore che, in fondo, continua a 'esser l'ultimo'.

Tornano in mente però le vicende del dibattito parlamentare e le parole di Pasquale Villari ispirate a quell'esperienza: « Coloro che si erano educati solo alla conoscenza, all'interpretazione, all'applicazione delle leggi esistenti, non erano i più atti a comprendere l'importanza dei nuovi interessi sociali (...) ». Le scelte di Carnelutti appaiono, entro il più vasto quadro di mutamenti suscitati da quella legge, solo come un compromesso 'logico' tra le antiche convinzioni della civilistica e le nuove esigenze, tra la 'vecchia' e la nuova figura del giurista. Il civilista non appare più, come era nei sistemi della scienza giuridica tardo ottocentesca, l'architetto di un progetto solidamente radicato nelle certezze del diritto comune; può solo con i suoi strumenti di analisi, valutando 'l'intimo significato' delle norme e guardando al di là del 'miope' legislatore, continuare a scorgere una *ratio*, la progressiva creazione di un nuovo ed ordinato sistema all'interno della frammentazione di principi del diritto comune civilistico.

CAPITOLO UNDICESIMO

« FUORI DELLA CERCHIA DEL DIRITTO COMUNE »: PER UNA RESPONSABILITÀ AUTONOMA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. Premessa. — 2. Una « concezione poligenetica del diritto comune ». — 3. Orlando e l'unità dei principi. — 4. « Responsabilità di diritto pubblico della pubblica amministrazione » — 5. La sistematizzazione dell'unità perduta.

1. *Premessa.*

Il dibattito sull'assicurazione obbligatoria aveva infranto sul tema della responsabilità civile molte certezze dei privatisti, ma non aveva fatto emergere una chiara visione disciplinare 'separata', 'autonoma' da quella del diritto civile: le normative 'estravaganti' non trovavano ancora un'aggregazione in precise discipline giuridiche e restavano entro un'area magmatica — tra diritto privato, diritto del lavoro e un settore previdenziale ancora tutto da definire — di difficile ricostruzione. Tale dibattito non ci ha offerto pertanto uno scontro tra il diritto privato, ritenuto come l'insieme dei principi comuni a tutto l'ordinamento, ed 'un altro' diritto reclamante un suo modo specifico di guardare agli istituti. Con la legislazione sociale la linea di demarcazione tra pubblico e privato si era certo complicata, ma l'assenza di teorizzazioni autonome, da utilizzare come griglia di lettura delle nuove normative, faceva sì che l'impalcatura concettuale offerta dai principi del diritto comune civilistico restasse ancora solida. Una solidità, come sappiamo, per molti aspetti solo apparente perché ottenuta attraverso finzioni crescenti: le nuove normative dovevano esser presentate come

effimere eccezioni ai 'veri' ed 'immodificabili' principi del diritto civile (1).

Diverso è invece lo scenario, soprattutto a partire dagli inizi degli anni Novanta, nell'altro settore che ci interessa, quello della responsabilità della pubblica amministrazione. Le ricostruzioni dei giuristi sul tema manifestano in questi anni una crescente insoddisfazione verso le categorie privatistiche e tendono a configurare un modello di responsabilità capace di abbandonare ogni tributarietà nei confronti delle teorie civilistiche (2). In discussione è proprio l'esistenza di un'unitarietà, di una comunanza di principi giuridici fondamentali come necessaria espressione dei dogmi civilistici (3).

(1) Emblematica in tal senso è, come abbiamo visto, la costruzione giuridica di Chironi tutta fondata sulla distinzione tra « responsabilità vera » e « garanzia ». Cfr. Cap. V. 3.

(2) Sulla pressoché incontrastata qualificazione privatistica dei rapporti amministrativi sino agli anni Ottanta si cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 3 e ss.; G. REBUFFA, *Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura dei giuristi*, in *Archivio — ISAP — Nuova serie 3, L'amministrazione nella storia moderna*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 1101-1170.

(3) L'affermazione teorica più consistente di una ricostruzione amministrativistica affrancata dal predominio privatistico, e volta ad eliminare l'applicabilità diretta del diritto privato nei confronti degli istituti di diritto amministrativo, si ha proprio negli anni Novanta, grazie all'opera di Otto Mayer. Sulla questione è sufficiente rinviare alle pagine del § 11 (*Das Verwaltungsrechtsinstitut und die Scheidung vom Zivilrecht*) della *Deutsches Verwaltungsrecht* (Leipzig, Duncker & Humblot, vol. I, 1895, pp. 134-147). Riguardo all'esigenza di una trasformazione pubblicistica degli istituti privatistici si è soliti far riferimento soprattutto a F. FLEINER, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht* (Tübingen, 1906).

Si cfr. sull'argomento: E.V. HEYEN, *Otto Mayer, Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, in particolare pp. 116 e ss.; A. HUEBER, *Otto Mayer. Die 'juristische Methode' im Verwaltungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, in particolare pp. 48 e ss.; M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 2, (pp. 600-659); M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866-1914*, in K.G.A. JESERICH-H. POHL-G.Ch. UNRUH (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, III, Stuttgart, DVA, 1984, pp. 85-108, pp. 98 e ss.; B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 30 e ss.. Per un suggestivo inserimento della tematica entro una visione storiografica attenta alle relazioni interdisciplinari si cfr. M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 11, 1989, 3/4, (pp. 129-147) pp. 141 e ss..

Il rapporto esistente tra le elaborazioni pubblicistiche ed il patrimonio di conoscenze tecniche del diritto privato — è questo che si tiene a sottolineare — non può e non deve essere un rapporto tra regola ed eccezione: « quando le eccezioni sono troppo numerose e possono raggrupparsi sotto propri principii — sintetizza Santi Romano —, allora si è dinanzi ad un'altra regola » (4). Il diritto privato non può più, dunque, rivendicare per sé il monopolio dei principi generali: non esiste più un solo diritto ma esistono più diritti: non esiste più l'unità del diritto garantita dalle sole regole civilistiche, ma esistono istituti autonomi, espressione di scienze disciplinarmente autonome e perciò capaci di elaborare propri principi di carattere generale.

L'affermazione di un diritto 'separato' della pubblica amministrazione può essere assunta come il reale momento di nascita della scienza amministrativistica (5). La teorizzazione di un diritto 'proprio' delle relazioni tra cittadino e pubblica amministrazione sul terreno della responsabilità, un terreno considerato diverso da quello puramente privatistico, si inserisce dunque all'interno di una più vasta vicenda — il delinarsi dello specialismo disciplinare amministrativistico — e ci mostra, più in generale, uno scontro tra due mentalità giuridiche differenziate. Alle ricostruzioni civilistiche onnicomprensive — quelle prospettate in tema di responsabilità extracontrattuale da Chironi e da Venezian — si oppongono analisi settoriali, condizionate dall'ambito disciplinare di appartenenza del giurista; alla visione dell'unità giuridica (civilistica), come necessaria copertura di tutti i settori dell'ordinamento, si oppone una visione dell'unità del diritto come bene da inventare continuamente, componendo da tanti 'frammenti' sparsi il quadro dei principi generali (6).

(4) S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (Prolusione ad un corso libero di diritto amministrativo nella R. Università di Palermo), in *Il Filangieri*, XXIV, 1899, (pp.241-254) p. 247 (ora in *Id, Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, pp.93-105, p. 98).

(5) Si cfr. sul punto i testi richiamati sopra nella nota 3 e la recente sintesi di S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit.. Per un inquadramento più ampio della tematica delle origini dell'amministrazione e della scienza del diritto amministrativo si confronti comunque L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi. II. La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987.

(6) Non è un caso che scorrendo le pagine più rilevanti del dibattito amministra-

Il tema della responsabilità della pubblica amministrazione fa emergere questi contrasti in maniera particolarmente netta per due motivi: per la solidità dello sforzo dei primi rappresentanti della scienza del diritto amministrativo di tradurre la raggiunta 'autonomia' della loro scienza in una ricostruzione autonoma dell'istituto; e per la convinzione diffusa tra i civilisti — indubbiamente semplicistica, ma capace di conferire una notevolissima forza polemica al dibattito — che il contrasto tra il diritto comune (civilistico) ed il diritto (speciale) della pubblica amministrazione fosse espressione di uno scontro tra libertà e arbitrio, tra diritto (il diritto civile come misura della responsabilità dell'amministrazione) e potere (un potere considerato incontrollabile e irresponsabile se sottratto alle regole comuni).

In realtà, la ricostruzione autonoma degli amministrativisti non può essere completamente spiegata ricorrendo a tale netta contrapposizione (la più appariscente provenendo dalle letture unitarie dei civilisti): essa possiede infatti anche un indubbio carattere garantistico, essendo volta a rendere, attraverso vie diverse da quelle civilistiche, apprezzabili e discutibili le procedure dell'autorità. Riguardo al nostro argomento, lo sforzo iniziale degli amministrativisti è proprio quello di rendere configurabile quella responsabilità della pubblica amministrazione inammissibile stando ad una 'corretta' interpretazione dei principi civilistici. L'abbandono del diritto privato è, dunque, il prezzo necessario da pagare non solo per mettere realmente a fuoco le peculiarità della pubblica amministrazione, ma anche per renderne controllabili gli atti e le procedure. A garantire il privilegio non è, in questo ottica, l'abbandono del terreno privatistico, ma al contrario il permanere al suo interno, continuando ad utilizzare come filo ricostruttivo dell'analisi giuridica dogmi di impossibile attuazione.

La soluzione 'garantistica' per il problema della responsabilità della pubblica amministrazione non può, dunque, che essere rag-

tivistico sulla responsabilità della pubblica amministrazione (sulla « responsabilità di diritto pubblico della pubblica amministrazione », come teneva a precisare Ugo Forti) ritroveremo un solo bersaglio critico ricorrente: Chironi e lo schema del diritto comune civilistico; Chironi e la sua affermazione del diritto amministrativo come diritto 'eccezionale'. Sul punto cfr. *infra*.

giunta 'distruggendo' il diritto comune uguale e valutando tutte le peculiarità delle 'disuguaglianze' tra la pubblica amministrazione ed il cittadino. Il centro di aggregazione del discorso del giuspubblicista non è più il rapporto 'uguale' privatistico, ma il polo dell'autorità, visto in tutte le sue reali peculiarità. La garanzia nei confronti del cittadino non è più data dall'ipotesi dei rapporti orizzontali, uguali, con la pubblica amministrazione, ma discende da un apprezzamento della situazione soggettiva raggiunto partendo dal vertice del potere statale (7).

Queste prime osservazioni servono solo a metterci in guardia contro il pericolo di facili schematismi e ci mostrano la complessità della 'svolta amministrativistica' in tema di responsabilità della pubblica amministrazione e l'impossibilità di interpretarla in maniera attendibile sposando le sole tesi dell'egualitarismo civilistico. Gli schieramenti disciplinari — già conosciamo le più significative posizioni dei civilisti — ci danno solo le linee sommarie di tendenza; linee che andranno, nelle pagine seguenti, ulteriormente precisate, analizzando l'intera parabola del tentativo giuspubblicistico di una ricostruzione completamente autonoma dei principi fondamentali del nostro istituto.

Sul tema della responsabilità della pubblica amministrazione lo sforzo 'autonomistico' degli amministrativisti fu quindi particolarmente ampio: chiara emerse proprio su questo terreno la necessità di abbandonare definitivamente il modello tradizionale della responsabilità aquiliana, di mandare in frantumi il mito del diritto comune civilistico espresso da formule romanistico-privatistiche non più al passo con la nuova realtà sociale (8). Nel tentativo di 'fuga' degli

(7) Un impianto teorico in cui le istanze liberal-garantistiche erano in una dialettica costante con le linee antiindividualistiche ed autoritarie insite nello stesso modello. Si cfr. in generale sulla questione le riflessioni di A. ORSI BATTAGLINI, *L'« astratta e infeconda idea »*. *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17, 1988, pp. 569-614. Nonché B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., in particolare pp. 48 e ss. sulla « natura intrinsecamente duplice » della specialità del diritto amministrativo: « Specialità come garanzia e specialità come privilegio si rivelavano (...) fattori ineliminabili della riflessione teorica amministrativa ».

(8) Uno sforzo ampio che finì spesso con il contrapporre al mito del diritto comune civilistico una « altrettanto aprioristica 'autonomia' del *droit administratif* ». Sulla

amministrativisti dalla teorica della responsabilità civilistica, nella *vis destruens* delle argomentazioni contro il diritto comune, si possono misurare, d'altra parte, anche tutte le incertezze ricostruttive presenti nell'abbandono del centro civilistico, tutte le aporie interne di una visione garantistica che, partendo da una sempre più marcata valorizzazione della supremazia statale e del *Mehrwert* pubblicistico, stentava poi a non tradurre la nuova dogmatica 'differenziata' e 'autonoma' in un diritto del privilegio.

2. Una « concezione poligenetica del diritto comune ».

Sino agli inizi degli anni Novanta gli scritti sulla responsabilità della pubblica amministrazione — anche quelli di illustri amministrativisti — avevano il loro principale punto di riferimento nel diritto privato che continuava a rappresentare l'indispensabile parametro di verifica del valore di qualsiasi concetto giuridico. L'ipotizzabilità di una responsabilità diretta o indiretta della pubblica amministrazione era affidata alla semplice verifica dell'applicabilità o meno dei principi generali presenti nel Codice civile, costituenti il diritto comune, quel sostrato di principi giuridici 'veri' e 'immodificabili' cui far riferimento per qualsiasi nuova ricostruzione della realtà giuridica ⁽⁹⁾.

I giuristi sfruttavano in maniera 'naturale' anche nel settore giuspubblicistico gli schemi logici tecnicamente solidi e raffinati del diritto privato. Operazione ricostruttiva che rappresentava molto di più di una semplice utilizzazione pubblicistica del lascito culturale

questione si confrontino le osservazioni di M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1985 (pp. 145 e ss.; la citazione è a p. 228). Le affermazioni qui riferite al dibattito italiano sulla responsabilità della pubblica amministrazione sono svolte dall'Autrice in riferimento alla vicenda del dibattito francese. Com'è noto, in Francia la formulazione più netta dell'autonomia del diritto amministrativo si ebbe proprio in materia di responsabilità, con l'*arrêt Blanco*.

⁽⁹⁾ Cfr. Cap. IV.3/4. Tali affermazioni sono riferibili anche a Giuseppe Mantellini; Autore che — come sappiamo — più aveva insistito nella configurazione 'distaccata' delle regole della responsabilità dell'amministrazione da quelle civilistiche. Mantellini infatti utilizzava la 'specialità' del diritto dell'amministrazione non tanto per configurare un suo diritto 'autonomo', quanto per mostrare l'inapplicabilità del solo principio di responsabilità configurabile giuridicamente, quello civilistico.

della millenaria elaborazione giuridica dei rapporti civilistici; molto di più di un tributo necessario che anche i cultori della giovane scienza del diritto pubblico erano tenuti a pagare alla disciplina avente un indubbio primato epistemologico nel giuridico ⁽¹⁰⁾. Il continuo riferimento al 'primato' del diritto privato, la sua configurazione come solo diritto comune, la sua conseguente assunzione a parametro unico per la verifica della possibilità — o più semplicemente della 'bontà' — di una qualsiasi ricostruzione giuridica racchiudeva in sé un ulteriore carattere ideologico: rappresentava il riconoscimento dell'ontologica supremazia delle relazioni 'uguali' presenti nella società civile, di quelle relazioni d'equilibrio tra individui proprietari capaci di un'armonica esistenza. La residualità, la eccezionalità, la secondarietà delle ricostruzioni non attinenti a tale 'diritto comune', era significativa di scelte che tendevano a marginalizzare ogni modello sociale non avente a suo centro relazioni armoniche e simmetriche — le sole traducibili, a dire di tanti civilisti, in una 'matematica' o 'geometria' giuridica —; scelte che configuravano come eccezionali tutte le relazioni sociali non aventi come necessario presupposto l'autoregolamentazione della società civile e la supremazia dei principi individualistici ed egualitari.

Nei rapporti tra privati, nei diritti dichiarati dal Codice civile, si concretizzava non un 'particolare' diritto, ma l'essenza del Diritto: i principi relativi agli istituti privatistici dovevano pertanto — come abbiamo più volte visto in riferimento agli articoli sulla responsabilità extracontrattuale — rappresentare necessariamente la forma giuridica comune ed immodificabile, l'espressione sicura dell'unitarietà della ricostruzione giuridica, il discrimine tra la sfera del diritto e quella dell'arbitrio. Quest'ultimo aspetto — particolarmente significativo nel settore della responsabilità — è fondato su una perdurante caratterizzazione del diritto privato come solo diritto della libertà, autonoma garanzia giuridica dei cittadini espressa dal tessuto

⁽¹⁰⁾ Basti pensare in tal senso alle note pagine di Orlando che individuavano nelle costruzioni privatistiche e romanistiche il lineare modello — quello in grado di garantire 'precisione' e 'certezza obiettiva' al diritto — verso cui indirizzare lo sforzo costruttivo della giovane scienza giuspubblicistica: V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), in *Diritto pubblico generale*, cit..

della società civile ⁽¹¹⁾. L'insistere sull'immodificabilità di taluni istituti civilistici da parte dei giuristi, in cui così spesso ci siamo imbattuti seguendo le vicende della responsabilità aquiliana, racchiudeva l'attribuzione di un valore giuridico-formale alla implicita rappresentazione del diritto civile come vera 'costituzione' dell'ordinamento giuridico dell'Italia postunitaria, come sola barriera posta a tutelare il 'vero' ambito del diritto dall'arbitrio dell'autorità e dalla 'onnipotenza' del legislatore.

La relazione esistente tra diritto comune — tra diritto civile in quanto diritto comune — e le altre forme di diritto non poteva che essere, in quest'ottica, quella di un rapporto tra 'regola' ed 'eccezione', tra un diritto generale ed un diritto speciale, tra un diritto 'vero' ed un diritto 'non vero', tra un diritto della libertà ed un ambito, non sottoponibile ad una 'vera' regolamentazione giuridica, dell'autorità e dell'arbitrio ⁽¹²⁾.

Le vicende della responsabilità della pubblica amministrazione sino alla fine degli anni Ottanta ci hanno permesso di verificare la concreta operatività di tali schemi. Sia le ricostruzioni caratterizzate da una visione 'pancivilistica' — quella, ad esempio, di un Laurent

⁽¹¹⁾ Un'autonomia — occorre dire — spesso più mitizzata che reale; ma in questo momento ci preme proprio far riferimento al quadro 'mitizzato' di convinzioni che caratterizzavano le pagine dei Nostri giuristi. Si cfr., comunque, A. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, cit., pp. 43 e ss..

⁽¹²⁾ Entro nuove prospettive l'argomentazione di un primato assiologicamente fondato del diritto civile — costituente pertanto il diritto comune — rispetto agli altri diritti 'speciali' è stata ripresentata nella veste di un primato delle relazioni della società civile su quelle della società politica (cfr. sul punto le osservazioni di S.M. RETORTILLO, *Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi istituti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, IX, 1959, pp. 697-735, in particolare pp. 718 e ss. relative alle tesi di A. Hauriou); oppure, più di recente, il ritorno al 'primato' del diritto dei privati è stato, in maniera alquanto semplicistica, riproposto come un vero e proprio « retour du juridique » in contrapposizione alle degenerazioni dovute all'eccesso di regolamentazione statale (cfr. L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans L'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, P.U.F., 1985). Per delle riflessioni più ampie sulla questione è sufficiente rinviare a M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XV, 1961, (pp. 391-420); R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, (pp. 904/921); P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, 1986 (pp. 660-687); U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Rivista critica del diritto privato*, VII, 2, (giugno 1989), pp.191-219.

impegnato ad opporsi alla logica 'separatistica' del diritto amministrativo ribadita, o se si preferisce inaugurata, in Francia dall'*arrêt Blanco* ⁽¹³⁾ —, sia quelle 'ibride' — pensiamo a quella di Bonasi e di Giorgi fondate sulla distinzione tra atti di gestione ed atti di imperio —, sia quelle orientate verso il riconoscimento di una 'specialità' insopprimibile della pubblica amministrazione (Mantellini), presupponavano le distinzioni sopra viste. Abbiamo sempre, da un lato, un diritto uguale paritario, il solo con cui ipotizzare una responsabilità civile della pubblica amministrazione, e, dall'altro, una sfera di rapporti disuguali, caratterizzati dalla assoluta preminenza della pubblica amministrazione come autorità. Ci si sposta, a secondo dello schema ricostruttivo prescelto, da un riconoscimento pieno della responsabilità (di diritto comune) della pubblica amministrazione, ad un suo riconoscimento più o meno 'affievolito', senza mai però mettere in dubbio lo schema di fondo che vede il diritto privato-uguale come il solo ambito in cui si può pervenire ad una 'vera' responsabilità della pubblica amministrazione. Le ricostruzioni 'ibride' e quelle fondate sulla 'specialità' insopprimibile del soggetto pubblico si limitavano semplicemente a restringere la portata applicativa del diritto privato, contrapponendogli delle 'eccezioni', ma non riuscivano a porre in discussione la visione che individuava negli schemi privatistici il solo modello possibile di responsabilità. Il diritto pubblico rappresentava solo 'un limite' all'operatività del diritto civile 'comune'.

In questa situazione, qualsiasi ricostruzione giuridica volta a riordinare il tema della responsabilità fuori dalle strettoie del diritto privato doveva preliminarmente affrontare un compito ben più gravoso di quello della soluzione tecnico-dogmatica dell'argomento: doveva destrutturare il concetto di diritto comune e rifondarlo su basi diverse da quelle civilistiche. Prima di procedere alla ricerca di un diritto 'proprio' della pubblica amministrazione, si doveva sgomberare il campo dal pesante fardello culturale imposto dalla supremazia civilistica, leggendo le norme di diritto pubblico senza più far ricorso alla 'falsante' lente privatistica. Su tale punto si misurava, più

⁽¹³⁾ « Il n'y a pas deux droits, l'un pour les particuliers, l'autre pour l'Etat; il n'y en a qu'un: c'est le Code civil qui en trace les règles »: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., XX, n. 592, p. 635. Cfr. quanto già detto nel cap. III.3.

in generale, l'affermazione di una reale autonomia disciplinare della scienza del diritto amministrativo.

Il nodo preliminare è di ordine prevalentemente metodologico, ma appare con chiarezza agli occhi degli amministrativisti soltanto quando essi si scontrano con le rigidità del diritto comune partendo dalle specifiche esigenze della loro costruzione dogmatica pubblicistica⁽¹⁴⁾. Le pagine critiche più lucide sul diritto comune civilistico — soffocante cappa concettuale volta ad impedire l'affermarsi di un'autonoma ricostruzione giuspubblicistica — furono scritte, non a caso, proprio partendo dal nodo tecnico della responsabilità della pubblica amministrazione. Intendiamo alludere ad uno scritto di Giovanni Vacchelli che affianca già nell'intitolazione il 'problema preliminare' a quello tecnico: *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*⁽¹⁵⁾. L'opera segnò una svolta

⁽¹⁴⁾ Sulla impossibilità di dedurre una concreta costruzione dell'oggetto giuspubblicistico affidandosi alle sole dichiarazioni di metodo, si cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 429 e ss.. Vittorio Emanuele Orlando — l'autore a cui, com'è noto, si fa risalire la 'svolta' metodologica negli studi giuspubblicistici italiani — è, in particolare riguardo al tema della responsabilità della pubblica amministrazione, ancora 'prigioniero' entro uno schema di supremazia del diritto comune civilistico. Sulla questione si cfr. tutto il paragrafo seguente.

Per ritrovare nel nostro settore affermazioni metodologiche 'coerenti' con la ricostruzione tecnica della responsabilità occorre guardare soprattutto alle pagine di Otto Mayer. In quest'autore l'esigenza 'autonomistica' del distacco del diritto amministrativo dal diritto privato conduce, in tema di responsabilità, a risultati per molti aspetti simili a quelli che ritroveremo in Italia a partire dallo studio di Vacchelli. Cfr. O. MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge* (1888), in ID, *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht* (hrsg. von E.V. Heyen), I, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, pp. 3 e ss.; ed in tema di responsabilità *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895), cit., vol. II, pp. 345 e ss.; e ID, *Die Haftung des Staats für rechtswidrige Amtshandlungen* (1912), in ID, *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, cit., I, pp. 127-145.

⁽¹⁵⁾ Milano, Hoepli, 1892. Giovanni Vacchelli (Cremona 1868 - Milano 1960) insegnò diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione nell'Università di Macerata, Pisa, Pavia e all'Università Cattolica di Milano.

Lo scritto di Vacchelli soprattutto nel sostenere l'esigenza di sottrarre gli istituti pubblicistici al dominio privatistico ricorda spesso, come vedremo, le ben più note argomentazioni di Otto Mayer (*Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge* (1888), cit.; e *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895), cit.). Il nome dell'amministrativista tedesco, comunque, non compare mai nelle scarse note del testo di Vacchelli.

Giova specificare che il discorso sull'autonomia disciplinare pubblicistica riguarda congiuntamente nelle pagine di Vacchelli sia il diritto amministrativo, sia la scienza

nelle trattazioni amministrativistiche del tema della responsabilità della pubblica amministrazione e, più in generale, fornì agli amministrativisti italiani la voce da contrapporre alla perdurante visione di un diritto amministrativo come eccezione a fronte del diritto comune civilistico ⁽¹⁶⁾.

dell'amministrazione. La comprensione della moderna amministrazione non può — scrive — prescindere dall'aspetto 'statico' e da quello 'dinamico', rispettivamente privilegiati nello studio dalle due scienze. Negli scritti giovanili Vacchelli utilizza non di rado i due termini quasi come sinonimi, oppure privilegia il riferimento alla scienza dell'amministrazione, tenendo a specificare che il 'punto di vista' amministrativo non può essere assorbito nella visione giuridica. Non a caso, scorrendo le pagine delle sue monografie uno dei nomi più ricorrenti è quello di Lorenz von Stein. Si cfr. in particolare G. VACCHELLI, *Lo Stato e la coltura: monografia di scienza dell'amministrazione*, Roma, tip. Camera dei dep., 1889; G. VACCHELLI, *L'assistenza pubblica. Monografia di scienza dell'amministrazione*, Cremona, tip. Interessi Cremonesi, 1891; G. VACCHELLI, *La scienza dell'amministrazione come scienza autonoma*, in *Archivio giuridico*, LII, 1894, pp. 33-72; G. VACCHELLI, *Le basi psicologiche del diritto pubblico*, Milano, Hoepli, 1895.

L'attenzione nei confronti della scienza della pubblica amministrazione è, del resto, per Vacchelli, momento indispensabile nello studio 'autonomo', 'nuovo' del diritto pubblico. Si cfr., esplicitamente in tal senso, una tarda pagina del Nostro: G. VACCHELLI, *Per un nuovo indirizzo nella scienza del diritto pubblico* (Lezione di commiato), in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, Soc. ed. « Vita e pensiero », 1938, pp. 1-19; pp. 14-15: « L'indirizzo puramente giuridico cresciuto (...) nella falsa riga del diritto privato (...) ne ha assorbito quella caratteristica statica di analisi, di situazioni e rapporti pressoché immutabili »; « Il diritto pubblico è invece essenzialmente dinamico e la sua scienza non può essere solamente retrospettiva ed analitica del presente, ma deve essere anche indagine sui compiti che lo Stato deve proporsi »; un momento quest'ultimo costituente l'oggetto centrale dello studio della scienza della pubblica amministrazione. In generale sull'intricata questione del rapporto tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione si cfr. C. MOZZARELLI-S. NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale. Il dibattito sulla scienza dell'amministrazione e l'organizzazione dello Stato*, Venezia, Marsilio, 1981.

⁽¹⁶⁾ Ritorneremo in seguito su quest'ultimo aspetto, ma affinché le affermazioni nel testo non appaiano spropositate è ben rinviare sin da ora a qualche pagina che ci testimonia della fortuna dello schema concettuale di Vacchelli utilizzato in contrapposizione al modello — e il riferimento va soprattutto a Chironi — del diritto civile come solo diritto comune. Si cfr.: O. RANELLETTI (*Sulla responsabilità degli enti pubblici per gli atti illeciti dei loro commessi*), Nota a Corte di Cassazione di Roma, 9 luglio 1897, in *Il Foro italiano*, 1898, I, (cc. 80-94) in particolare cc. 81 e 87-88; S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1900 (pp. 111-220), p. 214/215; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, *Ricorsi amministrativi e giurisdizione ordinaria*, Milano, Vallardi, s.d., pp. 198/199; U. FORTI, *La responsabilità « in omettendo »*

Le certezze ideologiche che accompagnavano la supremazia del diritto comune civilistico — questo è l'assunto da cui muove l'intera indagine di Vacchelli — sono venute meno: ai giuristi non resta che prenderne atto, abbandonando ogni forma di ossequiosa reverenza nei confronti di una « tradizione » priva di ogni sostanziale fondamento. Nel giuridico è in corso una trasformazione globale; una trasformazione che scuote in modo inesorabile tutte le antiche certezze ed esige una consapevole accettazione del 'nuovo' anche nelle ricostruzioni tecniche più consolidate. È sufficiente, del resto, osservare senza pregiudizi la realtà sociale per notare i contrasti presenti nel discorso dei giuristi: come è possibile conservare le antiche certezze dogmatiche della « tradizione », osservando « il continuo progredire e crescere della amministrazione dello Stato, ed in genere dell'elemento sociale di fronte al principio individualistico » (17)? Com'è possibile ignorare il progressivo restringersi del campo del diritto privato, la crescente 'socializzazione' e 'pubblicizzazione' di tutto il giuridico (18)?

della pubblica amministrazione, in *Giurisprudenza italiana*, LV, 1903, I, (cc.1037-1073) c. 1037. Naturalmente in questi autori il riferimento alle pagine di Vacchelli si intreccia con la oramai diffusa conoscenza delle pagine del *Deutsches Verwaltungsrecht* di Mayer. Sulla questione si cfr., comunque, ancora *infra*, al quarto paragrafo del presente capitolo.

(17) G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 204. Di tale tendenza il nostro autore parla ampiamente in un'altra sua monografia del periodo: cfr. G. VACCHELLI, *L'assistenza pubblica*, cit., in particolare pp. 211 e ss..

(18) *Ibidem*, p. 204: « Il campo del diritto privato viene ogni giorno ristretto, di fronte al crescere degli istituti originati dalle varie ragioni della vita sociale, e la sua efficacia ne riesce limitata nella entità stessa degli istituti che comprende ».

Vacchelli si era soffermato più ampiamente sull'inevitabile tendenza dello Stato moderno a farsi promotore di una vasta azione di socializzazione in un suo scritto del 1889 (*Lo Stato e la cultura*, cit.) Lo « Stato moderno democratico civile e progressivo », lo « Stato moderno democratico e ugualitario », non può — scriveva — essere lo Stato disegnato dai liberisti, non può essere ridotto al solo « insieme delle forze coattive della società » e alla « difesa dei singoli ». Il « carattere più proprio ed importante » dello Stato sta infatti altrove, sta nel « essere egli il soggetto più generale, più efficace e più operante del principio di socialità » (pp. 124 e 61). Il contrasto tra le due diverse visioni — in questo testo del 1889 — è disegnato soprattutto come contrasto tra 'Stato democratico' e 'Stato liberistico': « ...collisione tra due principii contenuti nello Stato moderno che come democratico è sostenitore del principio di socialità, come liberistico sostiene l'individualità personale » (p. 65). Le contrapposte visioni sono naturalmente

A offuscare la percezione dei giuristi della trasformazione in corso c'è un elemento culturale, che Vacchelli indica come la « tradizione ». Una tradizione che si esprime soprattutto nella perdurante supremazia dei principi privatistici e romanistici: inutile omaggio al passato, inutile ostacolo posto sulla via della « transizione » dal 'vecchio' al 'nuovo' (19).

I giuristi invitati a reagire non sono nel discorso di Vacchelli i civilisti, ma quelli più a contatto con il 'nuovo' (quelli il cui oggetto di ricerca investe direttamente i fenomeni di 'socializzazione'): i pubblicisti (20). È lo stesso oggetto di ricerca che costringe questi

presenti anche sul piano giuridico: « Lo Stato moderno per la sua formazione storica (...) si trova fra questi due estremi contraddittori della rigidità giuridica e della mobilità e suscettibilità di adattamento e progresso » (p. 4). Ciò determina che, da un lato, vi sia una spinta verso una pubblica amministrazione totalmente ordinata secondo i principi dello Stato di diritto, « cioè il massimo di assoggettamento alla sfera giuridica dell'attività dello Stato »; dall'altro, che vi sia una tendenza — determinata dalla crescente assunzione da parte della pubblica amministrazione « di molti ed importanti servizi nella società » — ad utilizzare il diritto e la legge « solo come mezzi per far valere il proprio contenuto », riportando nel giuridico « conclusioni e postulati di altre sfere di conoscenza » (p. 5). In questa ultima prospettiva, lo « Stato moderno » necessita di « mobilità nelle generali determinazioni ed elasticità ed adattamento per seguire il perpetuo variare delle contingenze, il che importa una continua produzione legislativa e la necessità di una sufficiente sfera discrezionale o di libero apprezzamento ai singoli organi funzionali dello Stato » (p. 4). Giocato sul filo delle stesse opposizioni è anche un altro saggio di Vacchelli del 1891 (*L'assistenza pubblica*, cit., cfr. in particolare, 11 e ss.; pp. 77 e ss.).

(19) Cfr. G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 201 ove il discorso della 'transizione' è svolto in specifico riferimento alla responsabilità della pubblica amministrazione: « L'attuale periodo è un periodo di transizione in cui i ripieghi presi a prestito dagli istituti di diritto privato sono già quasi completamente distrutti dalla critica procedente da altri principii, i quali dimostrano che tali istituti e criteri privati non corrispondono alla sostanza eminentemente pubblica del rapporto giuridico in cui opera la responsabilità civile della pubblica amministrazione ». Si cfr. inoltre G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'Autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* (a cura di V.E. Orlando), vol. III, Milano, 1901, (pp. 221-503) p. 407: ove il discorso è ripreso in maniera più generale: « ... è indiscutibile che ci troviamo in un periodo di transizione, fra istituti che non rispondono più completamente alle esigenze della società moderna ad altri che non si sono potuti formare, o che esistono solo frazionariamente ».

(20) Cfr. G. VACCHELLI, *Le basi psicologiche del diritto pubblico*, cit., p. 23: « Il diritto pubblico, come ha dimostrato Gierke, è un *diritto sociale* per eccellenza ».

giuristi a rinunciare a « quella prevalenza di criteri di diritto privato che la forza di inerzia della consuetudine e della tradizione mantengono in misura superiore a quello che le attuali condizioni della vita sociale esigono », ed a imporre loro di disegnare tecnicamente istituti di diritto pubblico caratterizzati da « principii propri e specifici » (21).

L'affermazione dello specialismo disciplinare giuspubblicistico presuppone dunque una revisione concettuale più ampia: l'abbandono della « tradizione », la rinuncia alle certezze implicite nella visione del diritto ossequiata e 'mitizzata' dai giuristi dal tempo della codificazione, il rifiuto di quei presupposti non formali, ma solo ideologici, che hanno costituito l'ossatura di qualsiasi discorso giuridico sino alla 'svolta' del presente.

Il nucleo attorno a cui si sono addensati i dogmi e i miti della tradizione giuridica finisce per essere uno solo: gli errori interpretativi connessi alla codificazione dei principii individualistici (22).

Considerazioni simili sono presenti in molti altri autori del periodo; cfr., ad esempio, A. LONGO, *Le odierne difficoltà del diritto amministrativo*, in *Archivio giuridico*, XLVIII, 1892 (pp. 490-498), p. 497.

(21) G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 205. A simili conclusioni Vacchelli era pervenuto anche nel suo lavoro sull'assistenza: « L'indirizzo secondo il quale va ordinandosi la funzione della pubblica assistenza, il suo carattere istituzionale, i rapporti giuridici che ne conseguono, i principii che ne devono reggere l'amministrazione vengono adunque a rendere necessaria una tecnica propria di questo pubblico servizio, la quale costituisce un'insieme di conoscenze pratiche, organicamente coordinate ai lineamenti fondamentali etici e giuridici dello Stato, e dotate di valore scientifico » (G. VACCHELLI, *L'assistenza pubblica*, cit., p. 238).

(22) Nel testo sulla responsabilità della pubblica amministrazione il riferimento va soprattutto — come vedremo tra poco — ai principii individualistici fissati nel Codice civile e alla configurazione del diritto privato come diritto comune. In un testo di qualche anno successivo (*Le basi psicologiche del diritto pubblico*, cit.) lo stesso discorso critico nei confronti dell'eccessivo predominio dei principii individualistici — eccessivo soprattutto a fronte della crescente pubblicizzazione e socializzazione — è sviluppato, utilizzando la coppia concettuale libertà/autorità, in riferimento agli 'errori' della scuola del diritto naturale. La scuola di diritto naturale evidenziò il dissidio fra « il principio di autorità, necessario al mantenimento dell'ordine sociale, e quello della libertà individuale, che esso chiamò sacrosanto e intangibile ». Si fu indotti a considerare, pertanto, la libertà individuale in ragione inversa all'autorità sociale e si cercò di ridurre « il principio dell'autorità al minimo possibile ». Una teoria che, per quanto largamente accolta, non riuscì ad impedire che la spinta verso una crescente socializzazione si

Vacchelli non intende negare i 'meriti' della codificazione: con i Codici di diritto civile — scrive — si abbandonarono finalmente gli antichi privilegi, sostituendoli con un principio unico, chiaro, semplice, quello dell'uguaglianza dei cittadini. Riconoscere tale lascito della codificazione non deve significare però accettare l'enorme apparato ideologico che lo accompagna, né deve indurre a falsare, in omaggio ai principi individualistici, l'intera visione del giuridico. Non si tratta, dunque, di respingere i 'benefici' del Codice, ma di negare l'inutile castello sistematico ottenuto partendo dalla centralità, dalla supremazia indiscussa in ogni settore dell'ordinamento, di quel principio individualistico, « unitario ed ugualitario » codificato (23). In altre parole: l'unità del diritto non può più essere data dalla fideistica adesione ai principi codificati che, istintivamente

realizzasse comunque: « Lo Stato cresceva ogni giorno in autorità, estendeva le sue funzioni, creava nuove limitazioni alle facoltà dei singoli » (pp. 5 e ss.). Tale analisi è, anche in questo caso, il punto di partenza per una ricostruzione tendente a mostrare l'impossibilità di fondare un discorso di diritto pubblico su principi individualistici. Un elogio alla visione antiindividualista di Vacchelli — « una delle più coerenti e solide che possano ancor oggi essere rimediate » — può essere letto in M. BARILLARI, *L'indirizzo psicologico nel diritto pubblico*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, cit., pp. 36 e ss..

I motivi antiindividualistici, la condanna della supremazia dei diritti di libertà su quelli di 'socialità', l'anteposizione sistematica dell'interesse pubblico a quello privato, le convinzioni dell'impossibilità di una costruzione del diritto pubblico facendo primeggiare le libertà e i diritti dei cittadini, trovano un'utilizzazione non innovativa, ma semplicemente 'sovradeterminata' — il termine è utilizzato nel senso reso chiaro da P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit.. — negli anni del fascismo. Si cfr. in tale senso G. VACCHELLI, *Per un nuovo indirizzo nella scienza del diritto pubblico*, cit.: « ...carattere totalitario delle attività e delle finalità dello Stato. È logico osservare che il dire totalitario significa far scomparire una qualsiasi zona di attività sociale indifferente per lo Stato » (p. 9); « Il concetto fondamentale di persona non è scomparso, ma ha cessato di apparire in quella forma intangibile nella quale prima era collocato »; « il concetto basilare dell'ordinamento giuridico nel campo del diritto pubblico, dato che non può essere quello di persona con tutto lo svolgimento dei diritti subbiettivi... » è da individuare in un altro principio: « quello di autorità dello Stato, intesa come dovere dello Stato verso il popolo, come interpretazione dei fini ai quali questo deve essere diretto, come prevalenza dei pubblici interessi ai privati e particolarmente in quella gerarchia e prevalenza di fini che non i sistemi ma le contingenze storiche vengono a determinare » (pp. 16/17).

(23) G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 59.

percepiti da intere generazioni di giuristi come la regola necessaria per tutti i rapporti giuridici, hanno informato, senza alcun valido fondamento generale, non solo il diritto civile, ma l'intero sistema giuridico in tutti i suoi variegati aspetti.

Quello che occorre negare è, dunque, la « teoria monogenetica del diritto » determinata dalla codificazione. Quella teoria — chiarisce Vacchelli — « per la quale, dato un principio astratto od una determinata condizione sociale, tutti i precetti giuridici devono derivare, come uno sviluppo da un solo nucleo o punto d'origine, mediante la semplice scorta della logica, e senza nessun riferimento al soggetto particolare cui si riferiscono » (24). L'unificazione del soggetto di diritto e la preminenza dei rapporti unitari ed uguali raggiunti nel diritto civile hanno prodotto — e, nella nuova fase di socializzazione, i tempi sono finalmente maturi per poterlo riconoscere — un generalizzato « errore di sistema » nelle ricostruzioni dei giuristi: essi hanno qualificato come diritto comune solo quel 'particolare' diritto derivante dai principi individualistici (25).

La codificazione ha dunque lasciato un'eredità ideologica che ne ha sovradeterminato a lungo gli effetti, appiattendolo sui principi individualistici ogni pluralità, ogni peculiarità presente nel giuridico. I 'meriti' del raggiungimento del principio « unitario ed egualitario » sono stati, in tal modo, sopravanzati da effetti 'sistematici' di tipo negativo. La « teoria monogenetica » del diritto comune ha finito con l'imporre una visione del diritto sorda ad ogni 'diversità', incapace di configurare senza pregiudizi le situazioni estranee ai suoi canoni: è in forza di un tale « errore di sistema » che « istituti di una generale e grandissima importanza quali l'imposta, l'espropriazione, i pesi civici cui è sottoposta la proprietà privata, sono stati considerati come eccezioni nell'organismo giuridico della società » (26).

Gli effetti più deleteri della teoria monogenetica sono, però, quelli visibili di fronte alla presente necessità di un'affermazione autonoma del diritto pubblico. La 'mitizzazione' dei principi egualitari civilistici continua infatti a far sì che molti giuristi facciano propria quella visione del diritto pubblico — sempre più incongrua

(24) *Ibidem*, p. 59.

(25) *Ibidem*, p. 61.

(26) *Ibidem*, p. 60.

ed erronea nella nuova situazione sociale — come diritto ‘minore’, « come un diritto imposto da contingenze attuali e instabili, ma non dotato di un valore in sé pari a quello che regola i rapporti del diritto civile ». È, dunque, il ‘mito della tradizione’ a costituire il principale ostacolo ad una ricostruzione giuridica capace di assecondare le « molteplici forme ed applicazioni » che si vanno realizzando nel settore pubblicistico ⁽²⁷⁾.

I continui interventi sociali da parte dello Stato, l’espansione delle funzioni amministrative e la conseguente necessità di individuare le regole proprie del settore giuspubblicistico esigono che la demolizione degli errori collegati alla ricostruzione ‘monogenetica’ della realtà giuridica faccia ulteriori passi in avanti. Nella nuova situazione il giuspubblicista non può che parlar chiaro e abbattere sino in fondo gli errori collegati alla supremazia del Codice e del diritto privato. L’altro ‘mito’ da abbattere è quello della visione formale della gerarchia delle fonti indotta dalla codificazione.

I princìpi fondamentali del diritto codificato sono stati interpretati come se avessero un valore costituzionale: si è concepito il diritto privato « come qualche cosa di inviolabile e di inalterabile dal fatto dello Stato, come un limite alla sovranità storica del potere sociale » ⁽²⁸⁾. Un concetto che si è rivelato, certo, provvidenziale — ha avuto « una influenza salutare, ad impedire il dispotismo, a salvaguardare con una certa inviolabilità formale i diritti più importanti » ⁽²⁹⁾ —; ma che non può essere assolutizzato, perché gravido di conseguenze inaccettabili, sia sul piano sociale, sia su quello giuridico-formale. L’immutabilità del diritto privato non può essere opposta alla ‘necessarietà’ delle trasformazioni sociali: « non è possibile che il diritto rimanga fisso e immutabile »; « la ragione della necessità sociale » devono commisurarsi « sul bisogno attuale » e non possono essere desunte dalla « semplice tradizione », « giacché tutto questo equivarrebbe a negare la vita del diritto, gli attributi e

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, p. 60.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, p. 15: « quasi che quel diritto non fosse costituito dallo Stato, allorché lo trovò corrispondente alle sue esigenze, e non potesse dallo Stato, ente attivo ed operante nella vita del popolo, venir alterato quando la necessità lo richieda ».

⁽²⁹⁾ G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 15.

le qualità fondamentali dello Stato, e ad un tempo le ragioni del progresso sociale »⁽³⁰⁾. Il discorso non lascia, d'altra parte, adito a dubbi anche sul piano giuridico-formale: « né il diritto pubblico, né il diritto privato, qualunque siano i rapporti della libertà umana che vengono a regolare, possono per sé costituire una norma valutativa della volontà formalmente perfetta ed attuale dello Stato »⁽³¹⁾.

La responsabilità civile della pubblica amministrazione offre l'esempio concreto degli errori sistematici prodotti dalle concezioni da abbattere. L'inconfigurabilità di una responsabilità dello Stato, partendo da una visione individualistica e ostinandosi a pensare al diritto civile come al solo diritto comune, è lì a mostrare la necessità di una svolta concettuale⁽³²⁾. Vacchelli si concentra sulla questione

⁽³⁰⁾ *Ibidem*, p. 16.

⁽³¹⁾ *Ibidem*, p. 16.

⁽³²⁾ Le contrastanti interpretazioni presenti sul tema della responsabilità dello Stato sono, secondo Vacchelli, espressione dei più generali contrasti esistenti nello Stato moderno tra principi individualistici (inducenti nel giuridico al predominio del diritto privato) e principi sociali. Si cfr. in particolare G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., pp. 117 e ss.: con l'affermarsi dei diritti naturali, e con la conseguente visione dello Stato come il difensore ed il tutore dei diritti individuali, si posero implicitamente le basi per una responsabilità incondizionata ed assoluta dello Stato. Metro di tale responsabilità fu considerato il diritto civile che della supremazia dei principi individualistici era l'espressione. D'altra parte, si accrescevano però le limitazioni nei confronti dei diritti individuali operate dallo Stato; ma — permanendo in un'ottica individualistica — non si avevano strumenti teorici adeguati per valutare tale attività dello Stato diversamente da « un male necessario di cui bisogna sopportare le conseguenze ». Tale contrasto ha una traduzione puntuale nelle vicende della responsabilità: « ...l'individualismo, il quale mette capo alla completa affermazione del diritto privato egualitario, considera in via generica lesivo ogni atto dello Stato che rechi limitazione alla libertà privata, ma nello stesso tempo, riconoscendone la legittimità proveniente dalle ragioni di conservazione dello Stato, non può attribuirvi la qualifica di fatto illecito, e quindi mancando il substrato della responsabilità ordinaria, viene meno ogni altra specie di responsabilità, che in quella concezione dello Stato non può trovare posto. Gli effetti di questa tendenza individualistica e egualitaria perdurano tuttora, e se ne vedono chiaramente le manifestazioni sia nella dottrina, come nella giurisprudenza; tanto in quei casi in cui, disconoscendo la natura dello Stato, si afferma essere la responsabilità della pubblica amministrazione una responsabilità di diritto comune; quanto in quelli in cui, ritenendosi non potervi essere altra forma di responsabilità giuridica se non la responsabilità civile ordinaria, si nega la responsabilità della pubblica amministrazione, perché si manifesta non essere a tale forma assimilabile » (pp. 118/119).

di più difficile soluzione, la meno approfondita nel dibattito gius-pubblicistico, quella della responsabilità diretta dello Stato per atti legittimi lesivi di diritti individuali ⁽³³⁾. Il tema è, a suo dire, irrisolvibile accettando i principi civilistici: lo dimostrano le pagine dei giuristi che vanamente hanno tentato un'applicazione, tanto generalizzata quanto impropria, del diritto privato anche in questo settore ⁽³⁴⁾ e le conclusioni di quanti, partendo da un'osservazione più congrua del dettato civilistico, finirono per sostenere, inevitabilmente, l'inconfigurabilità della responsabilità dello Stato ⁽³⁵⁾. L'errore presente in entrambe le opposte tendenze è determinato dalla prospettiva di osservazione della questione; una prospettiva completamente falsata dal filtro ideologico individualistico e dalle sue indispensabili conseguenze: « la prevalenza del diritto privato sul pubblico », la « consuetudine di riguardare in ogni controversia il momento civile » ⁽³⁶⁾, l'asserzione che anche la responsabilità dello Stato debba « seguire le regole civili del danno dato » ⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ In realtà, Vacchelli è convinto che solo la responsabilità diretta sia la responsabilità 'vera' della pubblica amministrazione: con la responsabilità indiretta « si esaminano le conseguenze in ordine alla responsabilità di fatti che l'ente astratto amministrazione non ha voluto, che sono opera di un terzo, che esorbitano dai limiti legali dell'atto amministrativo. È quindi evidente che questa non è la responsabilità specifica dell'amministrazione, ma solo una responsabilità addizionale, il cui fondamento non risiede già nella imputabilità dell'atto all'amministrazione, ma bensì nel rapporto che intercede fra essa e il funzionario che la rappresenta » (G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 56). L'affermazione dimostra lo scarso approfondimento teorico della relazione tra responsabilità diretta e responsabilità indiretta presente anche nell'opera di Vacchelli che, pur affermando che tale distinzione non poteva nel diritto pubblico essere svolta « con quella disinvoltura che si pratica dai civilisti » (*ibidem*, p. 54), finiva per accettare 'la regola generale' per cui « gli atti illegittimi, ingiusti, illeciti (...) sono imputabili al pubblico funzionario e che quindi la pubblica amministrazione, quando sia tenuta a risponderne, ne subisca le conseguenze per via indiretta » (*Ivi*). Nello stesso senso della esclusione della responsabilità diretta della pubblica amministrazione per gli atti *iniure* si cfr. anche V.E. ORLANDO (cfr. *infra*). *Contra*, com'è noto, S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1906 (II ed.), p. 66 : « la responsabilità dell'ente amministrativo non può mai dirsi indiretta ».

⁽³⁴⁾ Cfr. G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 98 e ss..

⁽³⁵⁾ Cfr. *ibidem*, cit., pp. 102 e ss..

⁽³⁶⁾ *Ibidem*, p. 98.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, p. 99. Permanendo entro quest'ottica il problema della responsabilità

Abbandonare i presupposti ideologici che condizionano tutto il dibattito tecnico significa, dunque, « trovare una ragione di responsabilità della pubblica amministrazione, fuori della cerchia del diritto comune » (38). La permanenza entro la teorica civilistica del danno dato — la « invadente tendenza di riguardare ogni fatto, che lede ragioni private, come senz'altro valutabile secondo i principii di diritto comune » (39) — rende, infatti, tecnicamente insormontabili una serie di questioni giuridiche. Prima fra tutte la mancanza nell'attività della pubblica amministrazione, che ha arrecato un danno operando nei limiti delle proprie attribuzioni, del « *fatto illegittimo*, vale a dire dell'atto compiuto fuori dell'esercizio dei propri diritti » (40).

Fuori dal territorio del diritto comune, il giuspubblicista è, invece, finalmente libero di poter considerare il danno senza i vincoli privatistici: può fondare il risarcimento su « ragioni di equilibrio e di distribuzione dell'aggravio », può sostenere che a determinare « la ragione della responsabilità » è « il *danno in sé* e non già la condizione dell'operante » (41). Fuori dai vincoli imposti dalla « tradi-

dello Stato è destinato a ripercorrere periodicamente un circolo di argomentazioni viziate da « un doppio ed opposto ordine di argomenti » che lacera i giuristi: « vedono per una parte insostenibile la responsabilità di diritto comune, sentono, per altra parte, che sarebbe iniquo ed ingiusto applicare il principio propugnato dal Mantellini, della quasi assoluta irresponsabilità dello Stato » (pp. 103/104).

(38) G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 104.

(39) *Ibidem*, p. 106.

(40) *Ibidem*, p. 102. Fondare la responsabilità della pubblica amministrazione 'fuori dal diritto comune' significa, dunque, soprattutto poter fare a meno di « quel principio, il quale serve da spina dorsale alla teorica del danno in materia civile, e si riassume nella formula romana *qui iure suo utitur nemini iniuram faceri videtur* » (p. 106).

(41) G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 106. Cfr. anche p. 153: « ...il risarcimento per parte della pubblica amministrazione si dà anche senza concorso della volontarietà, e per le sole condizioni del danno verificatosi, mentre la volontà o la coscienza del fatto sono condizioni necessarie, perché si abbia il risarcimento nella responsabilità di diritto comune. (...) mentre la responsabilità civile ordinaria ha una base prevalentemente soggettiva, la responsabilità specifica della pubblica amministrazione ha invece un preponderante carattere oggettivo ».

Si può già notare per inciso — avremo modo di specificarlo meglio in seguito —

zione » il giuspubblicista può interpretare e dare un volto giuridico ai « principii latenti nella coscienza giuridica popolare » (42) che « sebbene non abbiano raggiunto un organamento sistematico, pure si manifestano, o come espressioni dell'equità, o come conseguenze del buon senso » (43).

La responsabilità civile della pubblica amministrazione può dunque trovare, liberata dai pregiudizi privatistici, un fondamento nei « principii razionali » già presenti nella 'coscienza giuridica popolare': la base su cui edificare il nuovo istituto è « il principio di giustizia distributiva determinato dalle ragioni della convivenza sociale » (44); al giuspubblicista spetta semplicemente il compito di sistematizzare un diffuso principio di 'equità' e 'buon senso', quello per cui è ingiusto che un singolo subisca un danno per un'opera della pubblica amministrazione che giova a tutti (45).

Resta anche nella nuova prospettiva il problema 'pratico', ineludibile per il giurista, di « trovare la norma positiva cui riferire la responsabilità dello Stato » (46). Su tal punto la ricostruzione di Vacchelli diventa nebulosa e rinvia, più che a specifiche normative, ad una serie di indizi capaci di mostrare l'esistenza del nuovo sistema; indizi rintracciabili negli errori fecondi della giurisprudenza

come al processo di definizione disciplinare pubblicistico del nostro istituto concorrano, come elementi posti in opposizione allo spazio disciplinare privatistico, concetti germinati nello stesso terreno privatistico (si pensi, nel caso specifico, alla teoria oggettiva della responsabilità di Giacomo Venezian). Brevi ma suggestive riflessioni sugli aspetti generali della questione possono essere lette in P. COSTA, *Rileggendo alcune relazioni: una glossa sul problema delle discipline*, in *Quaderni di San Martino*, I, *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, 1990, pp. 175-180.

(42) G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 105.

(43) *Ibidem*, p. 105.

(44) *Ibidem*, p. 106. Cfr. anche p. 120: « Quel principio di giustizia distributiva, quell'interesse ad impedire che dove tutti profitano, uno solo abbia a sopportarne i danni, che nell'attuale stato della coscienza giuridica costituisce la ragione diretta ed indiretta della normale responsabilità civile della pubblica amministrazione, è una conseguenza dell'elemento sociale dello Stato moderno ».

(45) « il vantaggio che deriva dall'opera compiuta dalla pubblica amministrazione profitta a tutti; perché dunque dovrà uno solo, il quale si trova per accidente danneggiato sostenere l'aggravio proveniente da un bene arrecato alla comunità? » (G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 105).

(46) *Ibidem*, p. 107/108.

za ⁽⁴⁷⁾, rinvenibili « nella natura e nell'indole propria dello Stato moderno » ⁽⁴⁸⁾. Il discorso si conclude, non a caso, con un invito a colmare « una lacuna del diritto moderno » che « non si può colmare estendendo la portata del diritto comune, che è logicamente e praticamente inapplicabile »; un invito a « trovare nuove istituzioni, cioè dar valore positivo a quei principii che oggi sono latenti nella coscienza giuridica popolare, ed hanno cominciato ad esercitare la loro influenza nella dottrina del diritto » ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Anche in Vacchelli ricorrono le immagini, che già conosciamo, di una giurisprudenza che, sbagliando, apre la via al nuovo diritto: « La responsabilità della pubblica amministrazione fu molte volte applicata dalla giurisprudenza italiana e forestiera, dipendentemente da considerazioni di puro diritto privato (...). (...) mancando nelle fattispecie di cui la giurisprudenza ebbe ad occuparsi lo estremo del fatto illecito, poiché si era nell'ambito di poteri discrezionali della pubblica amministrazione, erano inapplicabili i principii relativi alla responsabilità comune per danno. Però è necessario ammettere, che sebbene siano stati male applicati i principii di diritto, pure era equo in molti casi stabilire la responsabilità dello Stato per i doveri di giustizia riparativa incumbenti alla pubblica amministrazione » (G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., pp. 110/111).

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*, pp. 133 e ss..

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, p. 114. Significative sono le critiche rivolte a Vacchelli da Cesare Consolo, un processualcivilista ben immerso nella visione della supremazia delle regole civilistiche: i criteri proposti da Vacchelli non sono giuridici, ma sociologici e mostrano che l'abbandono del fondamento civilistico priva il discorso giuridico di validi riferimenti normativi su cui fondare la responsabilità della pubblica amministrazione (*Trattato sul risarcimento del danno*, cit., pp. 563 e ss.).

La difficoltà nell'individuazione di un fondamento giuridico alla responsabilità 'autonoma' della pubblica amministrazione ed il rinvio generalizzato ai principii presenti nella 'coscienza giuridica popolare' non rappresentò, del resto, una peculiarità solo del discorso di Vacchelli. Gli stessi limiti sono ad esempio riscontrabili — pur nell'ambito di un'analisi, come vedremo, molto più accorta e attenta ai possibili fondamenti di diritto positivo — nelle pagine di Federico Cammeo che mirano all'individuazione di un concetto pubblicistico di *inuria* svincolato dai criteri scritti per il diritto privato. L'obbligo dello Stato al risarcimento può fondarsi — scrive Cammeo — « anche sopra un principio immanente nell'ordinamento giuridico-pubblico, che senza essere scritto od essere divenuto ancora coscientemente consuetudinario, riceve, ogni giorno più, applicazione incosciente e può in ogni momento essere legittimamente riconosciuto, come norma di diritto pubblico » (F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vol. I, *Ricorsi amministrativi Giurisdizione ordinaria*, cit., p. 213). Affermazioni che non mancavano di suscitare perplessità anche tra gli amministrativisti: « non sembra lecito — obiettava Errico Presutti a Cammeo — ricorrere a questa labile fonte del diritto obiettivo, ad una consuetudine in formazione, per basarvi la responsabilità dello Stato »

All'ampia *pars destruens* del discorso di Vacchelli non pare dunque far seguito una *pars construens* rigorosamente fondata. Sta proprio nella critica e nella demolizione teorica del diritto comune civilistico, d'altronde, l'aspetto più significativo del contributo del Nostro; la costruzione tecnica dell'istituto avverrà dopo (con Santi Romano, Oreste Ranelletti, Federico Cammeo, Ugo Forti) e si svilupperà dando per risolto, nel senso indicato da Vacchelli, il rapporto tra l'istituto 'autonomo' pubblicistico ed il diritto civile.

Le pagine di Vacchelli, sicuramente stravaganti nel panorama degli studi giuridici dei primi anni Novanta, costituiscono pertanto la premessa indispensabile per avviare il discorso giuridico lungo la via dell'abbandono dell'unità civilistica, rappresentano un supporto indispensabile al successivo impianto tecnico. Eliminata la prevalenza dei principi individualistici ed egualitari, il discorso si svilupperà secondo quella che Vacchelli indicava come la « concezione poligenetica » del diritto ⁽⁵⁰⁾: l'amministrativista non è più costretto a far riferimento ad un inesistente diritto comune civilistico, ma deve scoprire il suo diritto comune, considerando che esso è dato « da tutto l'insieme del diritto vigente sia pubblico che privato » ⁽⁵¹⁾; non deve più considerare un diritto eccezionale solo perché tale a fronte delle 'superiori regole' privatistiche, ma deve stabilire caso per caso se le norme pubblicistiche e privatistiche costituenti il diritto comune abbiano regole speciali ⁽⁵²⁾.

(E. PRESUTTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione in relazione alle giurisdizioni amministrative*, in *La legge*, XLI, 1901, II, (pp. 139/144; 208/216; 354/360; 389/396) p. 209.

⁽⁵⁰⁾ G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 61.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 61. « il diritto comune moderno nei paesi in cui la codificazione e le leggi hanno tolto l'opposizione fra diritto positivo e diritto tradizionale, non può essere che tutto l'insieme del diritto vigente sia pubblico che privato, derivi esso dal principio di sovranità dello Stato, dalle funzioni naturali del governo e dell'amministrazione, dalla libertà e dall'uguaglianza dei cittadini. In altri termini la concezione del diritto nella società moderna deve essere una concezione poligenetica, poiché è impossibile (...) che di fronte alla varietà ed alla molteplicità dei rapporti della vita moderna, un solo principio, fosse pure quello dell'uguaglianza e dell'equilibrio, possa essere come il dogma della scienza giuridica, la quale deve essere la più pratica e quella che più di tutte risente l'influenza della struttura organica della società » (pp. 61/62).

⁽⁵²⁾ G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il*

A questo punto potremmo anche abbandonare le pagine di Vacchelli, ma è forse utile guardare ancora più a fondo alle modalità del raggiungimento della 'parificazione' tra diritto pubblico e diritto privato, a quelle del 'distacco' del nostro tema dal primato civilistico e dalla 'concezione monogenetica' del diritto.

L'obiettivo dichiarato del lavoro è, come sappiamo, quello di raggiungere attraverso una via pubblicistica autonoma la responsabilità giuridica per atti legittimi della pubblica amministrazione, inconfigurabile permanendo entro i principi privatistici. Il diritto civile attraversa una fase di inevitabile declino, con esso tramontano anche — così proclama Vacchelli — i due 'miti' della « tradizione » giuridica individualistica: l'assoluta inviolabilità del diritto privato e la sua configurazione come diritto comune.

L'esempio concreto della necessità della svolta concettuale richiesta è l'impossibilità di raggiungere concreti risultati ⁽⁵³⁾ in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attenendosi ai concetti della 'tradizione'. Quanto più appare marcata l'inapplicabilità dei modelli di diritto comune, tanto più si intende mostrato l'assunto della necessità di un autonomo percorso ricostruttivo pubblicistico. Entro tale schema, alla fondazione della responsabilità autonoma della pubblica amministrazione contribuisce in modo ampio la sopravvalutazione di quegli elementi normalmente utilizzati nelle ricostruzioni 'tradizionali' — cioè, a dire di Vacchelli, monogenetiche e pancivilistiche — per giungere all'inconfigurabilità di qualsiasi responsabilità dello Stato. Mutato il paradigma di riferimento, abbandonato il diritto comune civilistico ed i suoi principi, quegli elementi che prima negavano la responsabilità potranno essere utilizzati per mostrare il suo nuovo fondamento.

Il discorso si sviluppa, infatti, proprio accentuando tutte le

diritto comune, cit., p. 65: « Il diritto speciale può essere pubblico e privato, ed è determinato dalla circostanza di costituire una norma eccezionale alla categoria delle istituzioni che riguardano quella specie di fatti ».

⁽⁵³⁾ Si badi bene, non risultati scientificamente appaganti (perché Vacchelli conclude per l'irresponsabilità della pubblica amministrazione proprio attendosi al rispetto dei parametri scientifici 'tradizionali'), ma risultati concreti. Occorre raggiungere un risultato giuridico già presente nella 'coscienza giuridica popolare', l'affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione: a tal fine bisogna 'inventare' un nuovo criterio di scientificità.

opposizioni che ostacolavano nel modello civilistico la configurazione di una responsabilità. Individuo e Stato, interesse privato ed interesse pubblico, diritti fondati sull'uguaglianza e diritti nascenti da esigenze « di coordinazione e di subordinazione » sono opposti da Vacchelli con estrema nettezza ⁽⁵⁴⁾. L'espansione della socializzazione e della pubblicizzazione crea entro queste opposizioni una prevalenza, un *Mehrwert*, di tutti i secondi termini sino a capovolgere la supremazia privatistica, individualistica e egualitaria. Il diritto comune 'poligenetico' non può fondarsi su una base egualitaria, proprio perché nasce dall'esigenza di una comprensione del polo irriducibile ad un rapporto di uguaglianza. In questo processo le garanzie del cittadino non possono essere ottenute ribadendo il tradizionale diritto, ma scoprendo nuove spazi per la sua 'sicurezza'. Di fronte alle necessità sociali e all'interesse pubblico dell'amministrazione il diritto del cittadino diventa ben povera cosa se considerato nella sua 'tradizionale' accezione privatistica ⁽⁵⁵⁾, può riotte-

⁽⁵⁴⁾ Divisioni che danno luogo ad un'accentuazione della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e rendono imponderabile con parametri 'aritmetici' il diritto pubblico e sociale: nel diritto privato si fa riferimento all'« equilibrio dei patrimoni », « un concetto così materiale, e starei quasi per dire aritmeticamente valutabile, che tutte le deduzioni logiche che da esso procedono si manifestano come in uno stesso piano, e su tutte contemporaneamente si può stendere la sfera giuridica e istituzionale »; « il diritto pubblico e sociale », invece, ha varietà di « forme, modi, gradi »; « ...questo fatto discende dalla semplice ragione logica che mentre il rapporto di uguaglianza non può che essere uno; quelli di coordinazione e di subordinazione possono essere molteplici e infiniti » (G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 202). La determinazione della varietà di 'forme, modi, gradi' è rimessa ad una 'volizione dello Stato', ponderabile non in base ai criteri rigidi del diritto tradizionale, ma alle dinamiche delle trasformazioni sociali.

⁽⁵⁵⁾ « Nel diritto privato, cio nei rapporti degli individui fra di loro, l'azione è considerata siccome una guarentigia di generale necessità, e però vale nel diritto moderno la regola che ad ogni diritto corrisponda un'azione, mentre altrettanto non avviene quando l'individuo si trova di fronte alla pubblica amministrazione, ove l'azione non è guarentigia comune che difende il rapporto giuridico, ma ad essa si fa luogo solo in determinati casi » (G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 179; per ulteriori sviluppi, si cfr. G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'Autorità amministrativa*, pp. 397 e ss.). Concetti che fanno ancora urlare allo scandalo, nel secondo decennio del Novecento, un processualcivilista non molto ben immerso negli sviluppi dottrinali del diritto amministrativo: « poche teoriche — afferma Cesareo Consolo — riescono a conseguenze così disastrose » (G. CESAREO CONSOLO, *Trattato del risarcimento del danno*, cit., p. 567).

nera un significato solo entrando in un nuovo schema concettuale.

Rispetto all'impostazione civilistica il discorso è rovesciato. Se Chironi si preoccupava di guardare 'allo Stato come Stato' e di sottoporlo alle regole degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile; Vacchelli, come Mantellini, accentua l'insottoponibilità dello Stato al Codice civile, per trarre poi da tale 'diversità' la regola 'autonoma' di responsabilità della pubblica amministrazione.

Il superamento dell'« elemento di contraddizione » presente in ogni tentativo di configurare una responsabilità dello Stato ⁽⁵⁶⁾ non può aversi rendendo la pubblica amministrazione uguale agli altri soggetti e sottoposta all'invulnerabilità del diritto privato; né confidando in un aumento delle regole dello Stato di diritto, che « rimane solo una tendenza che penetra limitatamente e parzialmente l'organismo della amministrazione » ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ « La grande difficoltà è sempre stata quella di spiegare come lo Stato possa rendere responsabile il suo operato, quando volontà operante e norma si identificano, e non è possibile la loro contrapposizione » (G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 215). Cfr. ancora p. 14: « Se per responsabilità giuridica si intende il riferimento dell'operato di un agente alla norma specifica del diritto costituito, se per avere responsabilità è necessario che siano distinti i due termini del confronto, cioè la volontà operante e la volontà fissa, che serve di paragone, se l'operare ed il volere dello Stato formalmente perfetto è per se stesso diritto; come è possibile trovare una responsabilità giuridica dello Stato il cui operare non può essere valutato con quella stessa norma che il suo volere modifica e pone in essere ».

Il discorso di Vacchelli fonda le maggiori difficoltà di configurazione dell'illecito statale attraverso continui salti di piano tra l'immagine dello Stato-persona e quella dello Stato-ordinamento. In Vacchelli è soprattutto l'attribuzione di un 'plusvalore' allo Stato-autorità che rende di difficile soluzione il tema. Il dilemma logico insito nella questione non va però sottovalutato. Esso resta di difficile soluzione anche in un modello che muove dalla distruzione della dicotomia tra pubblico e privato, negando ogni 'supremazia', ogni *Mehrwert*, allo Stato-autorità. Estremamente lineari sul punto sono le pagine di Hans Kelsen in cui la 'difficoltà logica' di giungere ad una responsabilità dello Stato è risolta nel senso della « assoluta inconcepibilità logica di un illecito dello Stato » (lo Stato in quanto « portatore dell'ordinamento giuridico »), nella critica al « mostro illogico di un illecito statale ». Cfr. H. KELSEN, *L'illecito dello Stato* (1913/1914), (a cura di A. Abignente), Napoli, ESI, 1988, (le citazioni sono tratte da p. 17 e 25).

⁽⁵⁷⁾ Il concetto dello Stato di diritto « si perde e si annebbia » non solo considerando gli organi del potere legislativo (a meno che non si voglia restringere il concetto di Stato di diritto « al semplice formalismo della costruzione della legge, il quale può

Lo scioglimento della impossibilità logica di una responsabilità dello Stato si ottiene solo guardando all'indole stessa dello Stato moderno: frutto delle crescenti esigenze sociali di giustizia distributiva, essa sarà configurabile solo in relazione « alla funzione riparativa generale dello Stato moderno » (58). La responsabilità dello Stato viene così a costruirsi in connessione con il principio di pubblica assistenza: non scaturisce da una sottoposizione dello Stato ad una regola « esterna » — ciò sarebbe « inconciliabile con la natura intima dello Stato » — ma da una « determinazione volitiva dello Stato stesso », da « un vincolo interno soggettivo, e cioè il dovere che ha la pubblica amministrazione di seguire e secondare quei principii di giustizia distributiva e di giustizia riparativa i quali formano parte dei suoi stessi scopi e interessi ». Si afferma in tal modo una responsabilità civile dello Stato con « un contenuto materiale proprio, in nulla assimilabile a quello della

pure dalla legge stessa venire mutato »), ma anche di fronte agli atti dell'amministrazione. L'istituzione di un meccanismo di responsabilità giuridica per tutti gli atti amministrativi è resa impossibile dall'ineliminabilità della discrezionalità: « quell'elemento discrezionale (...) che essendo della stessa natura della disponibilità e della sovranità dello Stato, entro i limiti della legge, ha un valore incensurabile giuridicamente » (G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 29). L'atto amministrativo potrà certo essere giudicato dal lato della legittimità « ma non per questo ne consegue una responsabilità giuridica vera e propria dello Stato, la quale sarebbe la negazione della sua natura intrinseca » (p. 30). Quest'ultimo punto non è di così facile soluzione come pare a Vacchelli: sarà proprio partendo dalla questione dell'esame di legittimità dell'atto attribuito al giudice ordinario che la giuspubblicistica degli anni successivi cercherà un fondamento normativo alla responsabilità della pubblica amministrazione (cfr. *infra*, paragrafo quarto di questo capitolo).

L'impossibilità di un'attuazione piena dello Stato di diritto viene utilizzato da Vacchelli anche come argomento a favore di uno studio dell'amministrazione irriducibile al solo punto di vista giuridico, e dunque a favore della scienza dell'amministrazione. « La concezione di uno Stato di diritto, nel senso che anche la vita amministrativa di ogni associazione pubblica debba essere completamente regolata dal diritto, si è dimostrata non solo inattuabile, ma contraria al fine e al progresso dello Stato, e però in questa incongruenza di fatto, sta appunto la prova della ragione di distinguere e non confondere il punto di vista giuridico coll'amministrativo » (G. VACCHELLI, *La scienza della amministrazione come scienza autonoma*, cit., p. 54).

(58) G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 125. Qualche accenno in tal senso può leggersi in uno scritto dell'anno antecedente: G. VACCHELLI, *L'assistenza pubblica*, cit., pp. 105 e ss..

responsabilità ordinaria di diritto comune »; una responsabilità dai « caratteri specifici che la differenziano dalle condizioni secondo cui generalmente il concetto di responsabilità si manifesta » (59)

Se attraverso questo itinerario argomentativo si superano le difficoltà giuridiche e logiche delle configurazioni tradizionali, si aprono però nuovi problemi: l'impossibilità di configurare una responsabilità in assenza di una decisione 'spontanea' della pubblica amministrazione dimostra solo la *pars destruens* del discorso — quella dell'insottoponibilità dello Stato a regole esterne — e lascia nell'indeterminato l'originaria istanza garantistica che, privata dei tradizionali meccanismi giuridici privatistici, è affidata alla sola labile certezza di una ulteriore trasformazione dell'amministrazione in senso sociale (60).

3. *Orlando e l'unità dei principi.*

Il contributo di Vacchelli conferiva al dibattito sullo specialismo disciplinare giuspubblicistico un'improvvisa accelerazione. Il 'distacco' dal modello tradizionale del diritto comune civilistico e l'autonomia concettuale degli istituti di diritto amministrativo erano configurati in maniera così radicale da suscitare perplessità anche nei più accesi fautori della 'svolta metodologica' nel campo degli studi giuspubblicistici. Particolarmente perplesso di fronte alla ricostruzione di Vacchelli si mostrò proprio colui che la storiografia giuridica individua come il principale artefice della trasformazione

(59) G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., pp. 216 e 217. Tale 'specificità' della responsabilità della pubblica amministrazione — nascente da un « rapporto di coordinazione di scopi che sono insieme nello Stato contenuti » — viene ad eliminare anche « quella contraddizione risultante dalla opposizione di due voleri personificati contemporaneamente nello Stato », perché il danno risarcibile della pubblica amministrazione « nasce contemporaneamente da una volontà addizionale diretta a ripararlo » (pp. 217 e 218).

(60) « La via sulla quale si è posta la amministrazione dello Stato moderno, la sua azione ogni giorno crescente, il suo prevalente carattere sociale non possono che (...) condurre in un avvenire forse non molto lontano ad un sistema organico che regoli la responsabilità della pubblica amministrazione », (G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, cit., p. 229/230).

scientifico negli studi giuspubblicistici: Vittorio Emanuele Orlando (61).

Per Orlando l'unità del diritto espressa dai principi del diritto comune civilistico resta ancora un bene da salvaguardare: lo specialismo disciplinare di cui egli è promotore tra gli anni Ottanta e Novanta non implica l'eversiva rottura del diritto comune, né un attacco diretto alla tradizione 'privatistica ed individualistica', bensì una cauta ed equilibrata analisi scientifica delle peculiarità dei rapporti giuspubblicistici e delle indispensabili « deroghe » che esse impongono ai principi di diritto comune. La radicalità dello specialismo di Vacchelli, e soprattutto il marcato antiindividualismo che la sorregge, contrasta con le infinite cautele sottese alla proposta di Orlando, con la sua difficile ricerca di un equilibrio concettuale tra la tradizione liberale in cui è immerso e la necessità di disegnare in via 'autonoma' i tratti giuridici del potere (62).

Cerchiamo di mettere a fuoco il contrasto tra le due posizioni. L'intervento di Giovanni Vacchelli è, come sappiamo, del 1892; solo all'anno precedente risale la prima edizione dei *Principii di diritto amministrativo* di Orlando (63) che si muovono ancora pienamente all'interno di una visione 'monogenetica' e 'tradizionale'.

Quello che ricorre spesso in Orlando, al di là delle dichiarazioni programmatiche (64), non è la specialità del diritto amministrativo

(61) Cfr. M. GALIZIA, *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, pp. 968 e ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971; M. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando (1881-1897)*, Firenze, Eurografica, 1979; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana*, cit.. Si confrontino inoltre i recenti contributi di Rebuffa, Massera, Cianferotti e Azzariti comparsi nella *Rivista trimestrale di diritto pubblico*; 1989, 4, pp. 919 e ss.. Per una valutazione meno propensa a dar credito alla 'svolta metodologica' orlandiana si cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 428 e ss.

(62) Tale posizione di Orlando emerge con nettezza verificando le sue posizioni in relazione a temi tecnici specifici: si cfr., ad esempio, in tema di giustizia amministrativa, quanto scrive B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., pp. 255 e ss..

(63) Firenze, Barbera, 1891.

(64) Ci riferiamo naturalmente alle note Prolusioni orlandiane del 1885, del 1886 e, soprattutto, del 1889. Ritornando recentemente su tali scritti, Giorgio Rebuffa ha sottolineato l'innovazione presente negli scritti orlandiani riguardo al rapporto tra il diritto privato e il diritto pubblico: « Il rapporto che Orlando auspica con il diritto

che diviene 'diritto comune', che divide l'unità del diritto sino a crearne una visione 'poligenetica'; ma è, più semplicemente, la « specialità » come « deroga al diritto comune » imposta da un rapporto avente « per causa il diritto pubblico », un rapporto di « diritto pubblico amministrativo » (65).

Il quadro dei principi giuridici che sta di fronte allo specialismo amministrativistico non è, dunque, in discussione: i principi generali che sorreggono il discorso dell'amministrativista sono e restano quelli del diritto comune civilistico. Un'unità concettuale che risparmia, nello studio dell'istituto affrontato nella dimensione disciplinare, il fastidio di ripetizioni inutili: « Il concetto generale di responsabilità civile (...) non occorre che sia per se stesso studiato, essendo proprio del diritto comune » (66). Un'unità che aiuta l'am-

privato si limita soltanto (...) agli aspetti di 'metodo'. Viene indicata, in altri termini, come modello per le discipline pubblicistiche solo l'architettura della dottrina privatistica, restando i principi ispiratori radicalmente diversi. L'idea di un diritto pubblico fondato sugli stessi principi del diritto privato, l'idea che aveva caratterizzato la dottrina amministrativistica preunitaria, viene completamente abbandonata » (G. REBUFFA, *I lessici e il tempo delle prolusioni di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1989, 4, pp. 919-936, p. 926). Un tale giudizio può forse dar conto in maniera adeguata del solo quadro concettuale che pare emergere dalle Prolusioni, non è però più sufficiente a fronte delle sistemazioni orlandiane dei singoli istituti. Il confronto con le tesi di Vacchelli ci mostra, nel caso della responsabilità della pubblica amministrazione, un Orlando ben poco propenso all'abbandono dei principi del diritto privato e ad una costruzione amministrativistica del tutto autonoma nella configurazione dei 'principi' e della 'essenza' degli istituti. A fondare in tal senso le remore orlandiane contribuiscono, del resto, quelle stesse convinzioni presenti nelle Prolusioni che lo stesso Rebuffa sottolinea: l'esigenza di non appiattire lo studio scientifico all'esame esegetico del testo legislativo; e, dunque, quella di far sì che il diritto pubblico sia fondato sulle elaborazioni della scienza del « sistema giuridico », di « principi giuridici sistematicamente coordinati » cui la legge, priva com'è di una sua forza 'creatrice', deve restare subordinata.

(65) Cfr., ad esempio, in tema di rapporto giuridico tra impiegati e Stato: « Il rapporto per quanto generato con forme e fini di diritto privato, ha per causa il diritto pubblico, e necessità di ordine pubblico sottopongono ad un regime speciale le relazioni reciproche tra le parti. Queste norme colle quali il diritto pubblico amministrativo deroga al diritto comune sono ora a favore dell'impiegato contro lo Stato, ora a favore dello Stato contro l'impiegato »; o ancora: « ...il criterio di diritto pubblico deroga gravemente al diritto comune, nel senso di limitare la libertà dell'amministrazione » (nella scelta degli impiegati) (*Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 95/96).

(66) V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 108.

ministrativista a fronte delle lacune del suo sistema normativo: « Esiste una responsabilità civile del funzionario, e quale ne è il fondamento giuridico? Manca in Italia un testo di legge positiva che risolva specificamente tale questione. Abbiamo però il diritto comune sancito dagli articoli 1151 e 1152 del Codice civile » (67).

Specialità del diritto amministrativo ed unità del diritto comune civilistico non sono termini antitetici. Anzi, lo specialismo di Orlando suppone come necessario il sistema dei principi 'comuni' del diritto civile: si giustifica solo a fronte del diritto comune, in quanto apporta ad esso le « deroghe » necessarie, indispensabili, quelle giustificate « dall'intima varietà dei rapporti ». Uno specialismo disciplinare svincolato dai principi giuridici 'comuni' è, per Orlando, giuridicamente inconcepibile: esso non conduce infatti ad un sistema del diritto pubblico, ma solo a particolari immunità e privilegi.

Nel caso della responsabilità della pubblica amministrazione, la specialità del discorso dell'amministrativista è un cuneo da inserire tra le tesi estreme ed opposte dell'affermazione generalizzata della regola civilistica e della sopravvalutazione delle peculiarità dell'amministrazione come fondamento d'immunità. Lo specialismo amministrativistico orlandiano è una via media tra il modello di Chironi e Meucci e quello di Mantellini; mira ad individuare un equilibrio rispettoso sia dell'unità del diritto comune, sia della particolarità delle relazioni amministrative (68).

(67) V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 109. Cfr. anche pp. 109 e ss. dove si impegna a respingere le tesi di coloro che vorrebbero sottrarre la responsabilità del funzionario al « diritto comune »; e pp. 115 e ss. per la (solita) critica alla garanzia amministrativa.

(68) Cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 358: « Dal punto di vista dei principii generali si vorrebbe sostenere che lo Stato, fonte del diritto, è superiore e quindi indipendente dal diritto comune. È il solito pericoloso sofisma per cui si confonde l'espressione dello Stato nel senso dell'organizzazione giuridica del popolo, nella cui sovranità tutto il diritto si comprende, con 'amministrazione dello Stato', con 'patrimonio dello Stato'(...). Lo Stato è, sì, fonte di ogni diritto; è, non diremo al diritto superiore, ma la suprema manifestazione del diritto; il patrimonio dello Stato, cioè l'insieme dei mezzi economici con cui esso sopperisce ai suoi bisogni, è sottoposto, come tutti i patrimoni privati, al diritto comune, *salvo deroghe che naturalmente discendono dall'intima varietà dei rapporti*, e che quindi, per ciò stesso, non vanno considerate come privilegi ».

Il timore che la specialità del diritto amministrativo sia considerata — o possa realmente trasformarsi — in « ragione d'odiosa immunità », in « privilegio » è costantemente presente nelle pagine di Orlando: ogni deviazione dal diritto comune deve pertanto ricevere una giustificazione propria, deve avere un fondamento non vago e generalizzante. In tema di responsabilità il giurista siciliano può dunque condividere con Chironi e Meucci la ricerca di un sistema in grado di non alterare l'unità del diritto espressa dai principi del diritto comune civilistico. La regola astratta, sempre valida in tema di responsabilità, è sicuramente quella indicata da questi autori: « che ogni diritto leso vuole indennità e compenso; che lo Stato non deve del diritto pubblico farsi una ragione d'immunità odiosa; che una norma giuridica non cambia di natura sol perché allo Stato si riferisce e che lo Stato medesimo deve ai sudditi dare esempio di rispetto ai canoni fondamentali di giustizia » (69).

Lo specialismo di Orlando sta tutto nell'aggiungere una postilla al passaggio dell'argomentazione dall'astrattezza dei principi alla concretezza del diritto degli apparati: « Il diritto pubblico non deve essere una sorgente d'immunità, ma neppure deve creare per lo Stato una condizione più gravosa: una regola di diritto resta sempre vera anche passando dal campo del diritto privato in quello del diritto pubblico; ma è anche vero che, mutati i termini del rapporto, deve eziandio mutare la regola » (70).

Tali convinzioni conducono ad una semplice riproposizione dei contributi forniti in tema di responsabilità della pubblica amministrazione dalla letteratura degli anni immediatamente precedenti: il diritto comune civilistico detta i principi generali della responsabilità della pubblica amministrazione — l'impossibilità di applicare quei principi rende, naturalmente, impossibile la responsabilità —, mentre la specialità delle relazioni amministrative impone alcune indispensabili « deroghe ».

Per la responsabilità del funzionario valgono le regole del diritto comune, fissate dagli articoli 1151 e 1152 del Codice civile. La trasgressione dei propri doveri crea, a carico dell'impiegato, una

(69) V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 369.

(70) *Ibidem*, p. 370.

responsabilità diretta e lascia aperta « la questione se lo Stato per il fatto del suo commesso sia *indirettamente* responsabile ». Di fronte a quest'ultimo interrogativo, Orlando riporta la solita distinzione — tratlazia in tutti gli studi sulla responsabilità di quegli anni — tra assoluti fautori dell'irresponsabilità (Mantellini, Saredo, Scolari), assoluti fautori della responsabilità (Meucci e Chironi) e sostenitori di tesi intermedie (Bonasi, Gabba), giungendo poi attraverso un particolare itinerario, che rispecchia le convinzioni di cui dicevamo sopra, a sposare le tesi intermedie. Queste sono infatti le più vicine alla sua visione della specialità del diritto amministrativo come espressione di un continuo equilibrio tra l'astrattezza del principio di diritto civile 'uguale' e la sopravvalutazione delle peculiarità del soggetto pubblico propensa a configurare un diritto privilegiato dell'amministrazione.

La responsabilità indiretta della pubblica amministrazione per il fatto del funzionario è possibile perché la responsabilità in questione prescinde dall'elemento della colpa. La responsabilità indiretta della pubblica amministrazione può essere dunque affermata grazie al supporto delle innovate interpretazioni dottrinali civilistiche: « il vecchio fondamento della colpa » non è elemento indispensabile della responsabilità indiretta di cui all'articolo 1153 del Codice civile (71). Il fondamento oggettivo della responsabilità indiretta è sufficiente a fondare una responsabilità della pubblica amministrazione, ma non fornisce ragioni valide per un'applicazione generalizzata di tale responsabilità: ad esigere la 'deroga' è naturalmente la peculiarità dei termini del rapporto amministrativo. Alla criticata divisione di Bonasi tra atti di gestione ed atti di imperio come misura della responsabilità dell'amministrazione, Orlando sostituisce la divisione tra servizi che lo Stato deve necessariamente assumere ed

(71) Il prescindere in quest'ipotesi dall'elemento della colpa rappresenta per Orlando un segno di una più ampia tendenza presente nel diritto moderno « verso una radicale trasformazione dell'istituto della responsabilità, per cui questo finirà col rendersi indipendente dal vecchio elemento della colpa, per fondarsi su più larga base, e comprendere anche il principio che chiunque esercita un'industria o imprende un servizio qualsiasi, risponde dei rischi e dei danni che tale impresa può altrui produrre, quantunque a carico dell'intraprenditore non possa in concreto addebitarsi alcuna negligenza o imprevidenza ». Sulla questione Orlando ritornerà in maniera più ampia nel saggio del 1893. Cfr. *infra*.

attività che lo Stato assume liberamente, svolgendo un'attività sociale. Nel primo caso ad escludere la responsabilità concorre « la forza maggiore, la necessità imprescindibile di compiere una determinata azione »; nel caso dell'attività sociale, invece, la responsabilità della pubblica amministrazione non trova alcun ostacolo, avendo essa come caratteristica « la piena libertà dello Stato di assumere o non assumere quei determinati servizi » (72).

Quello che va sottolineato è che la 'autonomia' accordata in questo discorso al diritto dell'amministrazione si esprime unicamente come deroga ai principi del diritto comune: in talune ipotesi le peculiarità dei rapporti amministrativi rendono inconfigurabile la responsabilità di diritto comune. Si badi bene: la deroga trova la sua ragion d'essere nello stesso diritto comune e non in una vaga affermazione di una 'immunità' giuspubblicistica a fronte dei principi della responsabilità. La deroga imposta dalla specialità dei rapporti amministrativi si giustifica giuridicamente solo se non vanifica l'operatività generalizzata del principio di diritto comune: « Così facendo, non abbiamo creato nessuna ragione d'immunità, non abbiamo tolto efficacia ad alcun principio di diritto, ma ne abbiamo fatto un'applicazione conforme alla specialità del rapporto » (73).

Lo stesso indispensabile legame del diritto amministrativo al diritto comune si può ricavare anche dall'ipotesi in cui la specialità del rapporto non giustifica solo una 'deroga', ma nega del tutto l'ammissibilità di un determinato tipo di responsabilità: è il caso della responsabilità diretta della pubblica amministrazione. Orlando è convinto che sola ipotesi di responsabilità diretta sia quella in cui il fatto dell'impiegato è stato compiuto « esercitando fedelmente il suo incarico ». La responsabilità diretta può dunque configurarsi solo quando manchi « un'illegalità specificamente commessa dal funzionario » e « la formale illegalità di un atto che è venuto in antitesi col diritto privato ». Avremo cioè un danno patrimoniale sofferto dal privato per causa di un'attività dello Stato volta al raggiungimento dei suoi fini.

Poste queste premesse, non si può che giungere ad una nega-

(72) V. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 371/372.

(73) *Ibidem*, p. 371.

zione completa dell'ipotesi della responsabilità diretta dello Stato. La questione va studiata — precisa Orlando — « col criterio di diritto », « non sulla base del diritto futuro, ma del diritto attuale »: in assenza di specifiche disposizioni che stabiliscano la responsabilità dello Stato, la soluzione giuridica sta semplicemente nel « vedere se la responsabilità di diritto comune sia oppure no applicabile » (74). Nel caso in questione il giuspubblicista non può ravvisare alcuna colpa dello Stato — che, pur danneggiando il privato, ha compiuto quell'azione seguendo « il fine stesso cui il diritto è ordinato » — e deve pertanto necessariamente concludere per l'irresponsabilità: « mancando dunque l'elemento della colpa, non possiamo ritenere neppure che vi sia una responsabilità nel senso classico di questo istituto che il diritto moderno ha conservato » (75). Il rispetto del diritto comune resta il limite invalicabile; un limite forse ingiusto, ma che il giurista è tenuto a rispettare in nome dell'unità dei principi giuridici (76).

Già questo primo sguardo alla teoria orlandiana della responsabilità della pubblica amministrazione ci pare evidenzi che il lavoro di Vacchelli non rappresentava un lineare sviluppo dello specialismo del giurista siciliano, ma un completo capovolgimento di prospettive. Il contrasto di fondo riguarda la cruciale questione della 'fine' — proclamata da Vacchelli — del diritto comune civilistico e dell'utilizzazione dei suoi principi come sola garanzia dell'unità del diritto: una tesi che mina alla base l'equilibrio dello specialismo disciplinare orlandiano tutto fondato sul continuo riferimento 'garantistico' a quei principi.

Immediatamente dopo la pubblicazione dello scritto di Vacchelli, Orlando è costretto a ritornare sul tema della responsabilità diretta dello Stato con un lungo saggio comparso nelle pagine del suo *Archivio di diritto pubblico* (77). Tutto l'intervento può essere

(74) *Ibidem*, p. 365.

(75) *Ibidem*, p. 366.

(76) L'eccesso di 'rigore' presente in questa necessaria soluzione giuridica non può essere temperato per altra via che quella dell'intervento legislativo. Cfr. V. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 366. La legge, va precisato, non viene però a 'creare' il nuovo istituto, ma si limita a riconoscere i tratti dell'istituto già presente nella 'coscienza della comunità'.

(77) Si tratta del già citato *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della*

configurato proprio come un tentativo di salvaguardare il sistema prospettato nei *Principii* a fronte del « geniale lavoro » (78) di Vacchelli.

La posizione di Orlando è particolarmente difficile: salvaguardare l'equilibrio del suo sistema significa difendere il bersaglio principale dell'attacco di Vacchelli, il diritto comune, e ciò implica, se non il rifiuto, una necessaria attenuazione di quello sviluppo logico dell'autonomia del diritto amministrativo che molte pagine dello stesso Orlando parevano esigere come conseguenza della svolta metodologica negli studi giuspubblicistici.

Il punto controverso riguarda, dunque, solo apparentemente la configurabilità o meno della responsabilità diretta — sappiamo che i nostri Autori intendono responsabilità per atti legittimi — della pubblica amministrazione; in realtà, lo scontro è sul concetto di diritto comune e non si esita ad ammetterlo: « non è di lieve interesse per la questione nostra determinare l'espressione 'diritto comune' e non sappiamo abbastanza lodare il Vacchelli di averne cercato di precisare il senso, quantunque sulle conclusioni di tale esame noi differiamo alquanto dalle idee espresse da questo autore » (79).

La terminologia introdotta da Vacchelli può dunque essere condivisa: il diritto pubblico, essendo un sistema di principi giuridici logicamente connessi con un principio unico generatore, può dirsi esso stesso diritto comune; il diritto pubblico non può essere configurato come eccezione di fronte al diritto privato; l'antitesi tra diritto comune e diritto speciale va pertanto ridisegnata (80). Si può dunque dire che esiste « un diritto comune pubblico e un diritto comune privato » (81). La questione va però approfondita al di là di questo innocuo riconoscimento: il punto fondamentale per Orlando è infatti quello concreto della regolamentazione dei rapporti tra i 'due diritti', un rapporto irrisolvibile affidandosi ad un'indetermi-

responsabilità civile della pubblica amministrazione a proposito della responsabilità diretta dello Stato, in *Archivio di diritto pubblico*, III, 1893.

(78) V. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit., p. 322.

(79) *Ibidem*, p. 251.

(80) *Ibidem*, p. 251.

(81) *Ibidem*, p. 261.

nata poligenesi dei principi giuridici. La soluzione prospettata mostra come l'ampio riconoscimento della terminologia di Vacchelli racchiuda un riferimento a contenuti molto diversificati.

Ribadendo la tesi della specialità del diritto amministrativo come deroga giustificata del diritto comune, Orlando non può che negare infatti una configurazione della specialità del diritto amministrativo come costituzione di un diritto separato, di un sempre necessario diritto 'autonomo' dell'amministrazione autolegittimato dal suo proclamarsi — ci sia consentita l'espressione — sempre 'comune' a fronte del diritto comune. Affermare che il diritto pubblico è un diritto comune significa per Orlando sottolineare la necessità che anche il diritto pubblico si configuri come un insieme di principi coordinati in sistema. Spesso, più semplicemente, significa sottolineare soltanto la necessità di un razionale sistema giuridico di 'deroghe' non arbitrarie ai principi del diritto comune civilistico.

La distinzione è meno sofisticata di quanto non possa apparire a prima vista. Si considerino, ad esempio, rapporti in cui « l'esercizio di attività patrimoniali, l'implicanti l'uso di istituti di diritto privato viene messo al servizio di fini attinenti al diritto pubblico, in quanto cioè sono esplicazioni concrete del principio di sovranità »⁽⁸²⁾. In questi casi lo Stato non 'sacrifica', non 'limita' la sua sovranità, ma « ne prescinde » e « si sottopone al diritto privato comune »⁽⁸³⁾. Tale 'sottoposizione' non è — come vorrebbero « alcuni scrittori, specialmente privatisti » — assoluta: « in quanto il diritto pubblico (diritto, anch'esso, comune) appare incompatibile con alcune disposizioni del diritto comune privato, ragione vuole che questa incompatibilità si elimini, che le varie esigenze giuridiche si riducano in armonia; e ciò praticamente avviene introducendo nell'istituto di diritto privato quelle modificazioni che la *necessità* non meno *logica* che *giuridica* impone »⁽⁸⁴⁾. L'autonomia del diritto amministrativo orlandiano non porta ad una poligenesi dei principi, alla negazione dell'unità del diritto, ma alla coordinazione, all'armonia dei principi. Essa può essere ottenuta solo rifiutando lo 'smembramento'

(82) *Ibidem*, p. 252.

(83) *Ibidem*, pp. 252/253.

(84) *Ibidem*, p. 254.

degli istituti aventi un'essenza privatistica in una pluralità di principi isolati, resi autonomi dalla loro semplice collocazione disciplinare 'separata', e preservando l'unità attraverso l'introduzione di 'modificazioni' nell'istituto privatistico giustificate dalle peculiarità oggettive dell'ambito disciplinare ⁽⁸⁵⁾.

Non solo: come considerare il diritto che si costituisce attraverso questa 'modificazione logico-giuridica' del diritto privato? Siamo di fronte ad un diritto comune o ad un diritto speciale? Su questo punto Orlando deve ancora divergere con nettezza da Vacchelli, « per il quale sembra bastare che vi sia coerenza tra l'istituto giuridico e la natura dello Stato per riconoscervi il carattere di diritto comune ». La preoccupazione di Orlando è infatti ancora quella della conservazione dell'equilibrio: non si può giungere « all'eccesso opposto » delle generalizzazioni dei privatisti e « sacrif[icare] il diritto comune privato alle esigenze del diritto pubblico » ⁽⁸⁶⁾. Le « peculiarità del diritto pubblico », dunque, hanno rilevanza solo « nel senso di *giustificare l'eccezione*, ma

⁽⁸⁵⁾ Il punto nodale per misurare il 'grado di autonomia' del discorso giuspubblicistico resta dunque in questi anni — siamo ancora abbastanza lontani dalle prospettive volte a configurare una 'teoria generale del diritto' — quello della relazione con i principi del diritto comune privato. Un rapporto che Orlando, e lo dimostra l'intera disputa con Vacchelli, è ben restio ad indirizzare tutto verso l'assoluta difesa dell'autonomia disciplinare pubblicistica, mutuando solo dal diritto privato il metodo scientifico di analisi.

Se l'uso di termini come autonomia dei principi amministrativistici ed autonomia del diritto amministrativo va usato con parsimonia guardando le ricostruzioni giuridiche del primo Orlando, esso appare solo volto a generare confusione applicato nei confronti dei cosiddetti amministrativisti preorlandiani. In un recente saggio di Gaetano Azzariti l'uso dei termini « autonomia del diritto amministrativo », « diritto pubblico come scienza autonoma », « ricerca dell'autonomia della disciplina (...) quale ricerca dei suoi specifici principi » ricorre continuamente per giustificare la 'giuridicità' della prospettiva di questi giuristi a fronte degli impietosi giudizi orlandiani. Non si chiarisce mai esattamente però cosa si intenda per autonomia: configurandola ora come 'autonomia' rispetto alle altre scienze sociali, ora come individuazione di « principi giuridici propri e specifici », ora come « equilibrio tra le ragioni della politica del diritto e l'autonomia della scienza del diritto amministrativo » (cfr. G. AZZARITI, *La prolusione orlandiana e la scienza del diritto amministrativo anteriore al 1889*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1989, pp. 968/994).

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*, p. 254.

l'eccezione resta, ed essa fa sì che noi ci troviamo di fronte ad una *specialità del diritto privato* » (87).

La questione, lo precisa lo stesso Orlando, non è accademica. La tesi combattuta nasconde sotto l'innocuo volto dello specialismo disciplinare pubblicistico dei pericoli enormi: il sacrificio completo e continuo del diritto privato al diritto pubblico; l'impossibilità di continuare ad individuare « l'essenza » degli istituti.

Le « conseguenze concrete » del discorso non sono pertanto irrilevanti. Accettando lo schema di Orlando occorrerà dire che l'amministrazione dello Stato nel momento in cui adotta per gli effetti patrimoniali della sua attività « il diritto comune privato » si sottopone a questo diritto: « né può dirsi che un principio vero per diritto comune privato cessi di esser tale nei rapporti con l'amministrazione pubblica, *quando non s'incontri un'obiettività incompatibilità con qualche altra norma del diritto pubblico* » (88).

È solo dunque uno specialismo disciplinare equilibrato — capace di non sconvolgere l'essenza degli istituti giuridici per un semplice 'contatto' con i suoi elementi pubblicistici e, quindi, di conservare al diritto comune privato quegli istituti che in quel diritto hanno la loro « natura ed origine » — quello in grado di evitare la pericolosa tendenza che utilizza « le necessità del diritto pubblico » come « le parole magiche con cui si giustificano, senza ulteriori spiegazioni che il pronunciarle, le più strane ed enormi eccezioni al diritto comune privato » (89).

L'analisi giuridica del tema della responsabilità diretta della pubblica amministrazione (90) si pone come la concreta dimo-

(87) *Ibidem*, pp. 254/255.

(88) *Ibidem*, p. 255.

(89) « Tutto ciò si connette, più o meno direttamente, con quel presupposto teorico per cui, in sostanza, lo Stato prende dal diritto comune privato tutto quel che gli giova, ma si affretta a trasformarsi in 'Sovrano' appena si tratta di incorrere in qualche onere. E ciò mi ricorda l'aneddoto, che mi si perdonerà se stuona con la severità di uno studio scientifico, di quel capitano che, per ingannare gli ozi del distacco, giocava alle carte col suo tenente e col suo sottotenente, ma quando sorgeva qualche disputa a proposito del gioco stesso, di punto in bianco troncava la discussione e si faceva dare ragione e denari, dicendo in tono severo: 'Signori, ricordatevi che io sono un vostro superiore!' » (V.E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit., p. 256).

(90) I limiti dell'ipotesi in questione sono quelli già delineati nei *Principii di diritto*

zione della validità teorica di quest'impostazione. La principale preoccupazione di Orlando è infatti quella di affrontare in chiave unitaria quel tema su cui maggiormente aveva puntato Vacchelli per frammentare l'unità dei principi di diritto comune, per mostrare l'esistenza di un autonomo principio pubblicistico di responsabilità e, più in generale, per richiedere la separazione del diritto pubblico dall'ingiustificato predominio del diritto privato.

Posta la questione, il primo semplice passo è, come nei *Principii*, ancora quello della negazione dell'ammissibilità della responsabilità diretta dello Stato ⁽⁹¹⁾. Una soluzione giuridica che « si impone ma non soddisfa »: facile è infatti notare come tanto rigore giuridico « ripugni al sentimento giuridico moderno » ⁽⁹²⁾.

Sappiamo che la 'impossibile' configurazione, attenendosi al diritto comune, di una responsabilità della pubblica amministrazione e l'esistenza nella 'coscienza giuridica' di un 'sentimento' volto ad accordare un risarcimento erano gli argomenti di fondo utilizzati da Vacchelli per configurare, nel 'diritto comune pubblico', una

amministrativo. Si suppone che « l'atto del funzionario resti rigorosamente compreso nei limiti dell'ufficio affidatogli e del dovere suo » (è pertanto inconfigurabile una responsabilità del funzionario) e che « l'atto amministrativo non sia viziato da alcuna violazione di legge ». È in quest'ipotesi che, a dire di Orlando, sussistono « gli elementi materiali della responsabilità diretta, cioè il danno patrimoniale del privato e l'atto amministrativo compiuto nei limiti consentiti dalla legge: salva sempre la questione del concorso subiettivo dell'imputabilità cioè la colpa, da cui dipende, per diritto moderno, la risoluzione, affermativa o no, della responsabilità » (V. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit., pp. 249).

⁽⁹¹⁾ In tale ipotesi « concorrono ambedue le cause escludenti la responsabilità aquiliana di diritto comune »: concorre la forza maggiore (« necessità di salvaguardare gli interessi generali dello Stato ») e l'uso del proprio diritto (*qui iure suo utitur neminem iniuriam facere videtur*). Stando al diritto comune, non si potrà mai avere una responsabilità diretta dello Stato; e ciò non perché nel caso in questione il diritto pubblico ponga « un'eccezione o una deroga al diritto privato », ma più semplicemente perché le 'cause escludenti' della responsabilità aquiliana rendono impossibile l'applicazione del diritto privato: « E pare a noi non potersi dubitare che, dato l'istituto della responsabilità civile quale risponde alla classica teoria romana quale è ammessa dalle leggi private moderne è impossibile ammettere la responsabilità diretta dello Stato; e ciò non perché il diritto pubblico costituisca un'eccezione o una deroga al diritto privato, ma perché quest'ultimo *non trova applicazione* al caso in esame » (V. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit., p. 258).

⁽⁹²⁾ *Ibidem*, p. 261 e ss..

responsabilità fornita di principi propri e di un fondamento autonomo.

L'affermazione del contrasto tra la necessità giuridica della irresponsabilità dello Stato ed il 'sentimento giuridico moderno' conduce invece Orlando a ben altre conclusioni. L'obiettivo del giurista siciliano è quello, opposto, di negare che un tale contrasto possa essere utilizzato per « creare una figura *sui generis* di una responsabilità dello Stato »⁽⁹³⁾; più precisamente, è quello di negare il concetto cardine del lavoro di Vacchelli: « che la responsabilità della pubblica amministrazione non possa né debba desumersi dal diritto privato comune ma possa e debba avere radice in criteri che al diritto pubblico sono propri »⁽⁹⁴⁾.

La negazione è tutta fondata su una lunga analisi in cui Orlando non esita a improvvisarsi civilista e a proporre una felice sintesi dei 'malesseri' della responsabilità civile emergenti dai contributi dottrinali e soprattutto dalle sentenze dei giudici. Lo studio — che ebbe una notevole fortuna tra i civilisti — giunge ad una sola conclusione: « il sentimento » della insufficienza della teoria classica della responsabilità aquiliana « non è *speciale* alla materia nostra ma *comune* ad altre manifestazioni di indole affatto diversa e che sussiste altresì *comunità* di ragioni »⁽⁹⁵⁾. Non si tratta dunque di introdurre una responsabilità autonoma per la pubblica amministrazione, di dividere l'essenza unitaria dell'istituto, guardando a un'inesistente 'coscienza giuridica' particolare al campo giuspubblicistico: è infatti « proprio l'idea generale della responsabilità civile che ha subito una trasformazione nel sentimento giuridico »⁽⁹⁶⁾.

Per rendersene conto, del resto, l'amministrativista non ha che da guardarsi intorno per leggere i tanti segni del 'nuovo sentimento giuridico'. Esso emerge da una lettura immune da pregiudizi delle deroghe legali esistenti nel Codice al principio tradizionale della

⁽⁹³⁾ Una figura « che per diritto comune sarebbe a dirsi *impropria*, tendente al risarcimento dei danni cagionati ai singoli dall'attività della pubblica amministrazione: figura istituzionale che si avvicinerrebbe di più al diritto pubblico che al diritto privato » (V. ORLANDO, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit., p. 322).

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*, p. 322.

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*, p. 323.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*, p. 323.

responsabilità per colpa, dal graduale venir meno nella dottrina civilistica delle presunzioni di colpa, dalle innovative teorie del rischio professionale che si affermano nel settore degli infortuni sul lavoro. Un 'nuovo sentimento giuridico' sull'idea generale della responsabilità che emerge ancor di più guardando le incertezze della giurisprudenza che « arriva ad eludere la legge trovando una responsabilità dove questa, stando al rigore del diritto vigente, mancava »⁽⁹⁷⁾: i giudici non esitano ad eliminare implicitamente l'elemento della colpa, configurando una *culpa levissima* « impercettibile », utilizzando con sempre maggior disinvoltura la *culpa in re ipsa* o giungendo, addirittura, alla pura e semplice ammissione di responsabilità senza colpa.

Questi molteplici fenomeni hanno « un nesso organico che li riconduce tutti sotto una causa unica »⁽⁹⁸⁾: l'insufficienza della tradizionale teorica 'comune' della responsabilità. L'amministrativista attento ai molteplici segni del giuridico non può pertanto limitarsi a teorizzare sul particolare fenomeno dell'insufficienza del diritto comune alla responsabilità diretta dello Stato, ma deve riflettere su questa « mirabile concordanza di fenomeni »⁽⁹⁹⁾. E da essa non è dato trarre alcuna necessità giuridica a sostegno di un mutamento isolato del concetto di responsabilità nel solo settore disciplinare giuspubblicistico. Non esiste, pertanto, alcun fondamento giuridico in base a cui si possa 'creare' una responsabilità diretta dello Stato avente « una ragione autonoma o specifica »⁽¹⁰⁰⁾.

La responsabilità dello Stato viene così nuovamente immessa nei principi comuni: va spiegato in relazione agli altri fenomeni presenti nel giuridico, non rappresenta un nuovo istituto giuspubblicistico a se stante, non infrange l'unità del diritto, ma si connette alla generale trasformazione della responsabilità 'comune'. Una trasformazione unitaria, come unitaria rimane l'essenza dell'istituto e quella dei suoi principi.

La conclusione obbligata è che la responsabilità diretta dello

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*, p. 353.

⁽⁹⁸⁾ *Ibidem*, p. 226.

⁽⁹⁹⁾ *Ibidem*, p. 357.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*, p. 356.

Stato si potrà avere solo a seguito della « generale evoluzione dell'istituto di diritto privato »⁽¹⁰¹⁾: quando la scienza avrà 'raccolto' dalla 'coscienza giuridica popolare' i caratteri del nuovo istituto della responsabilità, l'amministrativista potrà delineare con facilità anche la responsabilità diretta dello Stato che dell'esigenza del nuovo istituto rappresenta semplicemente « un sintomo »⁽¹⁰²⁾.

L'argomentazione non lascia adito a dubbi anche sul piano più ampio delle relazioni tra diritto pubblico e diritto privato. La soluzione 'unitaria' proposta è infatti da privilegiare perché in grado di non configurare il diritto pubblico « in antitesi al diritto privato comune ». La figura della responsabilità diretta dello Stato non nasce da una separazione dal corpo dei principi civilistici, ma da una generale ed unitaria evoluzione di quei principi: « è l'istituto di diritto comune privato che è venuto trasformandosi in maniera da comprendere anche quella figura speciale di responsabilità »⁽¹⁰³⁾.

Il quadro unitario del diritto comune è teoricamente ricomposto e il pericolo di una 'non giuridica' configurazione 'autonoma' della responsabilità — quello di una considerazione del « diritto pubblico

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem*, p. 373.

⁽¹⁰²⁾ L'esigenza di non infrangere l'unitarietà dell'istituto è imposta al giuspubblicista dal non aver 'colto' nella 'coscienza giuridica popolare' un 'sentimento' isolato, particolare, della insufficienza dell'istituto della responsabilità riguardo al singolo fenomeno amministrativo. L'argomento corrisponde, nel pensiero di Orlando, al meccanismo teorico che presiede alla certezza del diritto: il diritto è certo in quanto è sottratto alle mutevolezze della politica e alla instabile volontà del legislatore; la legge non 'crea' il diritto, ma è subordinata ai principi fissati dalla scienza attraverso una « opera tanto più scientificamente plausibile quanto meno dipendente da criteri subbiettivi »; i 'criteri oggettivi' della scienza sono forniti da una corretta lettura del 'sentimento giuridico popolare'. « Prodotto naturale e necessario, il diritto trova la sua base immediata (...) nella coscienza della comunità, la quale *avverte*, più o meno chiaramente, la non rispondenza dei vecchi istituti a bisogni e necessità nuove, e tende in varie guise, a nuovamente forgiare gli istituti medesimi con un lento, ma continuo processo di adattamento. È dunque in seno di questa coscienza popolare, nelle manifestazioni molteplici di essa — sopra tutte importanti il diritto scientifico e la giurisprudenza — che bisogna trovare il germe generatore dei nuovi istituti. Si tratta, ripetiamolo ancora, non di *creare*, ma di *raccogliere* » (V. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit., p. 360).

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*, p. 374.

come una sede di immunità e privilegi nei rapporti cogli istituti di diritto privato» ⁽¹⁰⁴⁾ — è, a dire di Orlando, sventato.

La ricomposizione dell'unità fa necessariamente risorgere la visione dello specialismo disciplinare orlandiano che pareva travolta dal saggio di Vacchelli. Negati gli eccessi 'autonomistici' e ribadita l'unità del diritto, Orlando può infatti tornare a sostenere l'identità disciplinare del discorso giuspubblicistico attraverso la richiesta di quelle « deroghe o eccezioni » necessarie nell'applicazione del principio civilistico alle « peculiarità obiettive » della rapporto amministrativo ⁽¹⁰⁵⁾: « se in massima la responsabilità diretta dello Stato non è che un caso speciale di applicazione di una norma generale di diritto comune privato, con ciò non si esclude che ragioni speciali — sia in linea di diritto che di convenienza — possono consigliare temperamenti od eccezioni » ⁽¹⁰⁶⁾.

4. « Responsabilità di diritto pubblico della pubblica amministrazione ».

Per rintracciare nuove riflessioni sul nostro tema occorre attendere, dopo i saggi di Vacchelli e di Orlando, gli ultimi anni dell'Ottocento ed i primi del secolo. Il dibattito sulla responsabilità della pubblica amministrazione riprende vigore grazie agli interventi di alcuni tra i più illustri amministrativisti del periodo, passando dal cielo dei principi astratti, dalle discussioni a metà tra lo *jure condito* e lo *jure condendo*, alla concretezza di una ricostruzione attenta a trarre il sistema dell'istituto da una puntuale esegesi del diritto positivo.

Impegnati nel tentativo di desumere i principi 'propri' di quella che, in opposizione alla responsabilità di diritto comune, è definita

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibidem*, p. 374.

⁽¹⁰⁵⁾ « ...se non è giuridico considerare il diritto pubblico come una sede di immunità e privilegi nei rapporti cogli istituti di diritto privato, non sarebbe neppure giuridico pretendere sempre *a priori*, l'assoluta applicabilità di quelli a questo, senza tener conto delle peculiarità obiettive che rendono necessarie o anche convenienti e giuste delle deroghe o eccezioni » (p. 374). Come si può notare si riprendono, contro l'impostazione di Vacchelli, le pagine utilizzate nei *Principii* contro Mantellini.

⁽¹⁰⁶⁾ V. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit., p. 374.

come « responsabilità di diritto pubblico della pubblica amministrazione » sono giuristi dai nomi illustri: Oreste Ranalletti, Santi Romano, Ugo Forti, Federico Cammeo. E la questione è posta prestando finalmente attenzione a profili sino ad allora molto trascurati. Si mira in particolare a raggiungere una coerenza tra le norme ‘comuni’ di diritto sostanziale e la posizione ‘differenziata’ della pubblica amministrazione: si cerca di risolvere il problema della responsabilità avendo presente la difficile relazione — posta negli articoli 2 e 4 della legge del 1865 sull’abolizione del contenzioso amministrativo — tra la giurisdizione unica sui diritti attribuita al giudice ordinario ed i privilegi processuali accordati all’amministrazione; si cerca di conciliare l’implicita ampia conoscenza della legittimità o illegittimità dell’atto da parte del giudice ordinario con le strettoie cui la giurisprudenza del periodo riteneva fosse sottoposto l’esame della sua liceità ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ Parliamo qui, conformemente a quanto facevano molti giuristi del periodo, di illiceità dell’atto. Ad essere rigorosi tale questione deve essere posta solo in relazione al fatto. Sulle incertezze terminologiche della letteratura amministrativistica del periodo sul punto, cfr. A. ROCCO, *La responsabilità dello Stato nel diritto processuale penale*, in *Rivista penale*, LX, 1904 (pp. 5-41; 148-175; 269- 299) p. 154: « Illecito come *produttivo di danno*, non può che essere il *fatto*, non *l’atto* della pubblica Amministrazione (...): è dunque non rispetto all’*atto amministrativo*, ma rispetto al *fatto dell’Amministrazione* come quello che è capace di generare un danno e di ledere un diritto altrui, che deve proporsi la questione della responsabilità dell’ente amministrativo ». La distinzione assume particolare importanza a fronte delle tesi che desumevano dalla possibilità di condannare l’amministrazione al risarcimento del danno nel caso in cui (indipendentemente da qualsiasi requisito soggettivo) l’atto fosse illegittimo (per violazione di legge o per eccesso di potere) anche la necessaria conseguenza di condannare l’amministrazione nel caso in cui l’atto amministrativo fosse illecito. È in fondo l’esigenza di evitare una tale ‘contraddizione’ che muove tutta la ricerca tecnica di questi anni sulla responsabilità ‘autonoma’ della pubblica amministrazione: « Sarebbe profonda contraddizione — scrive Ranalletti in un intervento che è alla base di tutto il dibattito — se si ritenesse che quella stessa autorità giudiziaria, la quale può condannare l’ente pubblico ai danni verso la parte che lamenta un diritto subiettivo leso quando l’atto è semplicemente illegittimo, non possa più condannarlo quando l’atto del funzionario è illecito » (O. RANELLETTI, *Nota a Corte di Cassazione di Roma*, 9 luglio 1897, in *Il Foro Italiano*, 1898, cc. 80-95, c. 93).

L’esigenza di risolvere, in questo periodo, la questione della responsabilità della pubblica amministrazione in riferimento a questi temi è data dal consolidarsi della tendenza giurisprudenziale che prescindeva nel riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dalla distinzione tra atti di gestione ed atti di imperio. Ciò

Il confronto con problematiche tecniche meglio definite non rende meno viva l'operatività dei modelli teorici che abbiamo individuato seguendo le pagine di Vacchelli e di Orlando. Le opzioni presenti in quei modelli restano sottese alle singole ricostruzioni e determinano l'accentuazione dell'uno o dell'altro elemento. Lo schema vincente è quello indicato da Vacchelli: l'esigenza di un superamento del diritto comune civilistico resta la linea direttrice su cui si muovono tutti i contributi volti ad individuare una specificità giuspubblicistica della responsabilità. Si utilizza in modo esplicito la ricostruzione del nostro istituto come riprova dell'autonomia della scienza amministrativistica, come verifica della scientificità della nuova disciplina, della sua capacità di raggiungere soluzioni tecniche seguendo itinerari diversi da quelli del 'tradizionale' diritto comune.

Una ricerca che trova nuovi stimoli nella conoscenza delle pagine di Otto Mayer e nell'esigenza di opporre una concreta ricostruzione giuridica alle 'pericolose' riaffermazioni civilistiche dell'indiscutibilità dei principi di diritto comune. Quest'ultimo aspetto è particolarmente significativo. Sappiamo che nel 1897, nella seconda edizione del suo volume sulla colpa contrattuale, Chironi era tornato a sottolineare, di fronte alle molteplici tendenze disgreganti, le ragioni della 'tradizione' e si era cimentato in un'appassionata difesa del diritto comune civilistico e dell'unità dei principi fondamentali degli istituti. Una teoria giuridica della responsabilità

rendeva infatti sempre più contraddittorio l'ancora costante riferimento della stessa giurisprudenza a quel criterio come strumento per l'individuazione (come sappiamo soprattutto riguardo alla responsabilità indiretta) dell'ambito di responsabilità e di irresponsabilità della pubblica amministrazione. Sulle vicende del riparto è qui sufficiente rinviare a V. CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, Editrice italice, 1979; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983 (3. ed.); ed ora, soprattutto, agli interventi raccolti in *Le riforme crispine*, vol. II: *La giustizia amministrativa*, volume sesto dell'*Archivio* (nuova serie) dell'Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica, Milano, Giuffrè, 1990. Riguardo al permanere invece della distinzione tra atti gestione ed atti di imperio in riferimento al problema della responsabilità, cfr. Corte di Cassazione di Firenze, 28 dicembre 1898, in *Giurisprudenza Italiana*, 1899, I, 1, cc. 164-172, con una nota anonima estremamente critica contro « le angustie dell'empirica distinzione » (c. 163), spesso ancora congiunta con « l'erroneo concetto che la insindacabilità dell'atto di imperio si risolve nel difetto di giurisdizione » (c. 165).

della pubblica amministrazione — aveva ribadito — è impossibile se « pensata con elementi tratti dal solo diritto pubblico », se volta a infrangere l'unità del diritto e la supremazia del diritto civile: solo « diritto comune », « legge generale dei rapporti giuridici tra le persone, naturali e giuridiche », espressione delle norme ispirate a « generale giustizia », « sostrato generale dei diritti speciali » (108)

La scelta per il modello giuspubblicistico 'autonomo' di responsabilità indicato da Vacchelli — e ora supportato dalla recezione degli scritti di Mayer — è, dopo il 1897, esasperata nel settore della responsabilità proprio dall'esigenza di contrastare le pagine di Chironi. I saggi dei giuristi impegnati a definire tecnicamente il volto della responsabilità della pubblica amministrazione manifestano esplicitamente tali, ben più ampie, preoccupazioni: difendere l'identità disciplinare della scienza amministrativistica, evitare la marginalizzazione teorica del nuovo settore, abbandonare la visione del diritto comune privatistico. Preoccupazioni che rendono in qualche modo obbligatoria la stessa soluzione tecnica della questione. La ricostruzione 'autonoma' della responsabilità è fatta discendere, come necessaria conseguenza logica, dall'affermata autonomia del diritto pubblico: la scelta disciplinare impone automaticamente la 'diversità' della ricostruzione tecnica e il 'nemico' contro cui rivolgerla. Le cautele di Orlando sono necessariamente travolte dalle esigenze degli schieramenti.

Oreste Ranelletti nel suo saggio del 1898 parla chiaro. Le sue pagine — nate come critica verso una sentenza della Cassazione di Roma che riproponeva, ritenendola oramai indiscutibile, la irresponsabilità della pubblica amministrazione per i suoi atti di imperio (109) — mostrano subito il loro reale bersaglio polemico: « Scopo di questa nota è sopra tutto quello di toglier di mezzo, nella sua motivazione, questa sentenza, che può costituire un precedente pericoloso, come pure studiare una dottrina, ancora recentissima-

(108) Su tutto ciò ci siamo soffermati nel terzo paragrafo del quinto capitolo.

(109) Corte di Cassazione di Roma, 9 luglio 1897, cit.. Per ulteriori rinvii alla giurisprudenza volta a determinare « l'esistenza ed i limiti della responsabilità dello Stato in conseguenza della violazione dei diritti soggettivi dei singoli derivanti da atti amministrativi » sempre in base alla « pur sempre teoricamente esatta e praticamente rilevante distinzione » tra atti di gestione ed atti di imperio, cfr. *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul Codice civile*, cit., vol. V, artt. 1151/1152, nn. 1531 e ss., pp. 515 e ss..

mente sostenuta, che può del pari presentare un pericolo pel buon indirizzo della scienza del diritto amministrativo, tenuto conto dell'influenza che può esercitare sulle menti dei cultori delle discipline giuridiche l'autorità del nome illustre dello scrittore » ⁽¹¹⁰⁾. Il giurista dal nome illustre è, naturalmente, Chironi e la pericolosa tesi è quella volta a negare una configurazione a sé della responsabilità nel campo del diritto pubblico.

Ranelletti usa senza parsimonia le argomentazioni 'specialistiche' che ci sono già note: « Non è possibile concepire il diritto civile come il diritto comune, come la legge generale dei rapporti giuridici »; non è ammissibile configurare il diritto amministrativo come « la *norma eccezionale*, giustificata dalla necessità di pubblico governo, dal principio dell'autorità »; non si può di conseguenza intendere il diritto pubblico solo come « una *limitazione* » di fronte al diritto privato, in modo che « la legge generale riprenda il suo impero dove la speciale lo perda » ⁽¹¹¹⁾.

Quello che più importa all'amministrativista che a fine secolo si pone di fronte al tema della responsabilità è, dunque, negare la tesi di Chironi; negare cioè la perdurante visione, capace di « impropriare tutto il diritto pubblico », del diritto civile come diritto comune. È necessario pertanto tornare a ribadire che il diritto amministrativo non è una mera eccezione a fronte del diritto privato, perché « vive in una sfera totalmente diversa, in quella, cioè dell'esercizio della potestà pubblica » ⁽¹¹²⁾.

Dopo tale dichiarazione di autonomia, l'amministrativista può anche far ampio uso del diritto civile, senza cadere nella rete concettuale del diritto comune dei privatisti. È sufficiente richiamarsi al « coefficiente dell'interesse pubblico e del diritto d'impero » per imporre la diversità: « per loro natura i diritti di potestà pubblica esorbitano dal diritto comune privato, e ad essi non possono essere applicate le norme del diritto privato. Deve respin-

⁽¹¹⁰⁾ O. RANELLETTI, *Nota* a Corte di Cassazione di Roma, 9 luglio 1897, in *Foro Italiano*, cit., c. 81.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*, cc. 87/88.

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*, c. 88.

gersi pertanto ogni tentativo di assimilazione tra l'esplicazione della potestà pubblica e l'attività privata » (113).

La stessa netta presa di posizione è presente negli scritti di Romano, in quelli di Forti, in Cammeo. Ed è sempre tale premessa che sorregge, con varietà di sfumature, il discorso sulla responsabilità 'autonoma'.

Un tale procedimento fa sì che l'affermazione dell'autonomia giuspubblicistica dell'istituto resti valida anche nelle ipotesi in cui ancora marcatissima è l'utilizzazione dei modelli civilistici. Sia che gli amministrativisti utilizzino per configurare la responsabilità indiretta lo schema — chironiano — della rappresentanza (114), sia che si riferiscano esplicitamente alle tesi sulla responsabilità oggettiva (115),

(113) *Ibidem*, cc. 88/89. L'affermazione di Chironi per cui in questioni attinenti ai fatti illeciti non ha alcuna rilevanza il dato dell'esplicazione dell'attività dello Stato nella sfera giuridica privata o pubblica è naturalmente irrilevante per Ranalletti. La convinzione per cui la colpa non può essere mai scusata e quella per cui la questione va posta guardando, anche di fronte al potere sovrano, agli elementi della responsabilità di diritto comune — afferma — contiene « un'evidente petizione di principio, giacché parte da un principio che è quello appunto del quale si discute »: la questione è infatti proprio quella di vedere se « un atto illecito, compiuto nell'esplicamento dell'attività politica » debba essere regolato o meno dalle norme di diritto privato. La risposta negativa è naturalmente quella che si impone « se non si vuole rendere lenta e impacciata l'attività dell'amministrazione » (cc. 90/91).

(114) È il caso, ad esempio, dello stesso Ranalletti che aderisce pienamente alle pagine di Chironi sulla 'rappresentanza' come alla teoria che « meglio può spiegare la responsabilità delle persone giuridiche ». Tale schema è utilizzato da Ranalletti per spiegare la responsabilità giuridica della pubblica amministrazione per gli atti illeciti dei suoi rappresentanti quando « la sua attività si esplica nella sfera giuridica privata ». Le critiche a Chironi nascono dalla 'assurdità' di ritener valido tale schema privatistico anche nei confronti della « attività che si esplica nel campo del diritto pubblico ». O. RANELLETTI, *Nota a Corte di Cassazione di Roma*, 9 luglio 1897, cit., cc. 84 e 90. Cfr. anche, T. SICILIANI, *La responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per gli atti illeciti dei loro funzionari (contributo alla teoria della responsabilità aquiliana delle persone giuridiche nel diritto pubblico e nel diritto privato)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXVIII, 1904, (pp. 1 e ss.); G. FAGGELLA, *Contributo alla teoria della responsabilità della pubblica amministrazione* (Nota a Corte di Cassazione di Roma, 5 febbraio 1910), in *Rivista del diritto commerciale*, VIII, 1910, 2, pp. 495/509.

(115) Cfr., soprattutto, S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1901; S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Legge*, 1903, cc. 1435- 1444 (poi in *Id.*, *Scritti minori*, cit., vol. II, *Diritto amministrativo*, pp. 157 e ss.). In quest'ultimo scritto Romano tiene a rivendicare

quello che tengono comunque a ribadire è che quei modelli mutano la loro 'essenza' nel campo giuspubblicistico. Per configurare la responsabilità della pubblica amministrazione si possono, sì, assumere i risultati della ricerca civilistica, ma avendo sempre presente che essi vanno ad inserirsi entro una costruzione nuova, con una sua autonoma fisionomia, una sua autonoma essenza, così come oramai autonomo dal diritto comune civilistico è il diritto amministrativo. Più spesso — ed è l'argomentazione più diffusa in tutto il dibattito sulla responsabilità autonoma della pubblica amministrazione — è solo una particolare modalità d'uso di un modello dei civilisti, quello ad esempio della responsabilità oggettiva, che diviene il cardine dell'autonomia dell'istituto giuspubblicistico. A rendere possibile ciò è la negazione della giuridicità di quello schema (privatistico) nel diritto privato. In altre parole: quello che in diritto civile è solo una prospettiva *de jure condendo*, trova nel diritto amministrativo una sua concretezza tecnica a fronte delle peculiarità della pubblica amministrazione, si trasforma grazie al sistema dell'amministrativista in diritto positivo, divenendo qualcosa di diverso rispetto al modello originario. L'argomentazione è quella privatistica, essa però acquista giuridicità solo nell'ambito 'autonomo' del diritto pubblico; lo schema 'impossibile' nel diritto privato non assume nel diritto pubblico la veste dell'eccezionalità, ma diviene un diritto proprio e specifico della pubblica amministrazione, un istituto autonomo.

La dipendenza dalle ricostruzioni civilistiche resta dunque fortissima e l'autonomia dell'istituto è ottenuta più fondandosi sulla raggiunta 'evidenza' delle separazioni disciplinari che su argomen-

una sorta di primogenitura della teoria di una responsabilità senza colpa nei confronti della pubblica amministrazione contro Ranelletti che (recensendo i *Principii* nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIV, 1902, pp. 98-106, p. 102) si dichiarava « particolarmente grato » nei confronti di Romano perché questi aveva seguito quanto egli aveva sostenuto nei suoi lavori. Tra i diversi punti compare anche quello della responsabilità. La breve replica di Romano è tutta incentrata sull'insufficiente distacco della teoria di Ranelletti dall'alveo civilistico: « Il Ranelletti costruiva allora la responsabilità degli enti pubblici sul fondamento della colpa del funzionario e sul rapporto di rappresentanza: mentre ambedue questi temi — e ciò è il caposaldo della mia teoria — io elimino e nego » (c. 1438). Al di là della diversità tra le configurazioni della responsabilità dei due illustri amministrativisti, quello che preme sottolineare è come la misura dell'innovatività fosse avvertita soprattutto nel senso del distacco più o meno lato nei confronti della teorica di diritto privato.

tazioni realmente differenziate. La responsabilità della pubblica amministrazione è autonoma per le premesse generali del discorso disciplinare e non per il reale abbandono degli strumenti civilistici.

In tale impianto argomentativo confluiscono istanze dai caratteri molto differenziati tra loro. Si può dire, in estrema sintesi, che i tratti che la responsabilità della pubblica amministrazione va assumendo in questo periodo sono dati dalla sovrapposizione di due linee di tendenza.

La prima rivendica come prerogativa dell'autonomia amministrativa la sua capacità di sottrarsi al diritto comune, di non essere sottoposta al regime comune della responsabilità, la sua capacità di 'degradare' il diritto che gli si contrappone. Individuata la peculiarità dell'amministrazione nella discrezionalità si ritiene « impossibile » il contrasto tra il diritto della pubblica amministrazione e quello dei privati allorché la sua « podestà » si espliciti discrezionalmente ⁽¹¹⁶⁾. Tale riferimento, che viene usato da alcuni per

⁽¹¹⁶⁾ Tale criterio, spesso utilizzato per superare i limiti alla responsabilità nascenti dalla distinzione tra atti di gestione ed atti di imperio in modo conforme ai criteri proposti per il riparto di giurisdizione, è ampiamente diffuso nelle stesse pagine degli autori che mirano a configurare una responsabilità autonoma della pubblica amministrazione. Cfr. O. RANELLETTI, *Nota* a Corte di Cassazione di Roma, 9 luglio 1897, cit., c. 93: « L'autorità giudiziaria ordinaria è incompetente a giudicare nei casi in cui vi è l'apprezzamento dell'interesse generale, cioè il potere discrezionale »; S. ROMANO, *Principii*, cit., (2. ed.) p. 67: « non può dirsi che vi sia danno giuridico e, conseguentemente, responsabilità, tutte le volte che si rimane nella sfera di poteri discrezionali delle pubbliche amministrazioni »; U. FORTI, *La responsabilità 'in ommittendo' della pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1903, I, 1, (cc. 1037-1073) (studio poi leggermente ampliato in *Id.*, *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino, Bocca, 1906; e ora in *Id.*, *Studi di diritto pubblico*, vol. II, Roma, Soc. ed. del 'Foro Italiano', 1937, pp. 413-489, con il titolo *Contributi alla teorica della responsabilità della pubblica amministrazione*): c. 1052 « la discrezionalità costituisce contemporaneamente un criterio rigido e sicuro per stabilire in quali casi lo Stato sia responsabile ed in quali casi non lo sia (...). Non potendo un atto discrezionale dar luogo a violazione di diritti subiettivi, manca di fronte ad esso ogni base per un'azione di risarcimento ». Per l'applicazione di criteri simili da parte della giurisprudenza cfr. le sentenze richiamate in *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul Codice civile*, cit., vol. V, artt. 1151/1152, nn. 1465 e ss., pp. 509. I giudici non mancano di sovrapporre la vecchia distinzione tra atti di gestione ed atti di imperio a quella « fra gli atti di governo compiuti con poteri discrezionali e quelli regolati da norme giuridiche e fisse che ne rendono esigibile l'adempimento »: « ...nell'antica distinzione — affermano — si comprenderebbe la nuova, e tanto anche volendo a questa aderire, non si andrebbe a diversa soluzione nel definire la presente

superare la distinzione tra atti di gestione ed atti di imperio, rappresenta — in linea con quel criterio — le peculiarità della pubblica amministrazione solo come 'limite' all'applicazione delle regole comuni della responsabilità.

La seconda linea racchiude un'istanza garantistica. Il discorso sull'autonomia è spinto sino alla creazione di nuovi istituti: il diritto amministrativo si affranca del tutto dalla dipendenza dagli istituti di diritto civile. Ciò fa sì che il discorso sull'autonomia possa essere capovolto da criterio solo negativo a sistema positivo. L'autonomia è utilizzata come strumento creativo di un nuovo diritto, di nuove figure di responsabilità, impossibili entro le strettoie 'egualitarie' ed 'individualistiche' del diritto comune civilistico. Convinzioni, queste ultime, che devono necessariamente — e lo abbiamo visto in tutto il discorso di Vacchelli — sostenere ed avvallare tutti gli elementi insiti nella prima linea, per trarre dalle differenze e dalle immunità (al diritto comune), esaltate da quella, una legittimazione per la propria costruzione autonoma dell'istituto.

Santi Romano, ad esempio, utilizza l'impossibilità di un'applicazione lineare nel campo del diritto pubblico dei principi civilistici per accedere alle tesi su una responsabilità propria della pubblica amministrazione per i suoi atti legittimi ⁽¹¹⁷⁾. Tale forma di responsabilità diversa da quella civilistica è volta a porre riparo al *Mehrwert* pubblicistico che nello stesso tempo fonda la diversità del discorso: « nel diritto privato (...) si hanno diritti di uguale grado e consistenza, nel primo [il diritto pubblico] invece si ha che i diritti dei singoli, anche perfetti, debbono cedere, dove l'interesse pubblico l'impone, al diritto dello Stato » ⁽¹¹⁸⁾.

Per quanto riguarda la responsabilità da « atti illegittimi » il procedimento è simile. Negata ogni possibile applicazione dei meccanismi privatisti nella considerazione del rapporto esistente tra gli enti pubblici ed i loro funzionari, si passa a configurare la respon-

controversia » (Corte d'Appello di Genova, 23 dicembre 1898, in *Giurisprudenza Italiana*, 1899, I, 1, c. 167).

⁽¹¹⁷⁾ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 63: « Gli estremi logici di siffatta responsabilità sono tali che vietano il richiamo di qualsiasi principio attinente al concetto di colpa e alle sue conseguenze ».

⁽¹¹⁸⁾ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 62.

sabilità diretta dell'ente in maniera autonoma. All'affermata inapplicabilità dei meccanismi privatistici si sostituisce un fondamento autonomo di responsabilità: la responsabilità « per danno obiettivo ». Quella teoria « che nel diritto privato italiano resta ancora in massima parte una semplice aspirazione »⁽¹¹⁹⁾ è invece possibile nel diritto pubblico e trova anche un fondamento di diritto positivo⁽¹²⁰⁾.

È inevitabile che in questa argomentazione rimangano ferme le linee di irresponsabilità, di immunità dal diritto comune civilistico raggiunte lungo la prima linea. Tutto il discorso sulla responsabilità autonoma nasce non a caso dalla premessa della irresponsabilità (secondo i meccanismi di diritto comune) dell'amministrazione. Non solo: spesso la nuova prospettiva si limita a coprire le sole zone restate fuori dalle immunità proprie della peculiarità amministrativa individuate lungo la prima linea: « non può dirsi che vi sia danno giuridico e, conseguentemente, responsabilità, tutte le volte che si rimane nella sfera di poteri discrezionali delle pubbliche amministrazioni »⁽¹²¹⁾.

Non staremo qui a ripercorrere le tappe di un dibattito tante volte riproposto dagli amministrativisti⁽¹²²⁾; ci preme infatti sotto-

⁽¹¹⁹⁾ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 65.

⁽¹²⁰⁾ Il fondamento di diritto positivo è fornito, a dire di Romano, dall'articolo 4 della legge del 1865 sull'abolizione del contenzioso amministrativo: « Il principio che vieta ai tribunali la revoca e la modificazione degli atti amministrativi illegittimi impone loro di provvedere agli *effetti* che da tale illegittimità possono derivare: il che dalla dottrina più sana è stato interpretato sempre nel senso che dall'atto amministrativo che lede ingiustamente il diritto di un privato nasce per quest'ultimo una pretesa ad'indennità ». In tal modo la teoria della responsabilità oggettiva veniva a risolvere la 'contraddizione' tra posizione processuale privilegiata della pubblica amministrazione e giurisdizione piena del giudice ordinario in relazione ai diritti: « È notevole il modo con cui tale principio si è fatto strada, quasi di straforo, nel nostro diritto positivo. Dalla istituzione del controllo giudiziario sugli atti delle pubbliche amministrazioni e, nello stesso tempo, dai limiti imposti a tale controllo è derivato che nel diritto amministrativo trova applicazione molto generale (...) la dottrina per danno obiettivo (...). Se essa non si accogliesse, l'azione dinanzi i magistrati, che pur è sempre consentita per gli atti amministrativi che ledono diritti, resterebbe, tranne il caso che non può essere il normale di un'azione dichiarativa, priva di effetti » (pp. 64 e 65).

⁽¹²¹⁾ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, p. 67.

⁽¹²²⁾ Cfr., per tutti, T. SICILIANI, *Nota* a Corte di Cassazione di Napoli, in *Il Foro italiano*, 1905, I, 2, cc. 15-36; A. GIAQUINTO, *La responsabilità degli enti pubblici*, vol. I,

lineare soltanto come le singole tessere delle ricostruzione tecnica amministrativistica venissero in questi anni a comporsi entro un mosaico che esasperava in modo crescente la frammentazione dell'istituto civilistico.

Ugo Forti, che riprende e sviluppa le pagine di Romano, accentua, ad esempio, tutte le dichiarazioni di principio sull'avvenuto 'distacco' dalla tradizione privatistica: « la responsabilità civile per fatti illeciti della pubblica amministrazione appartiene al *diritto pubblico* »⁽¹²³⁾; « noi non dovremo preoccuparci di trovare nel diritto privato una giustificazione dei principii ai quali ci paresse di dover tendere »⁽¹²⁴⁾; « è logicamente *necessario* (...) entrare direttamente nel campo del diritto pubblico e costruire con gli elementi che esso ci fornisce la teorica della responsabilità »⁽¹²⁵⁾; la « autonomia della teorica » della « responsabilità di diritto pubblico della pubblica amministrazione » può essere « inconfutabilmente provata » anche in base al semplice fatto dell'impossibilità di raggiungere una « soluzione concreta » attenendosi ai criteri del diritto privato⁽¹²⁶⁾. Si può in tal modo proseguire con un'analisi che, dando per scontato l'avvenuta frammentazione della responsabilità⁽¹²⁷⁾, può finalmente contrapporre i diversi elementi pubblicistici a quelli civilistici⁽¹²⁸⁾.

Anche il discorso di Federico Cammeo è volto, pur nell'ambito di un'analisi attentissima a cogliere « le basi comuni » tra il diritto pubblico ed il diritto privato, a mostrare l'erroneità di un'impostazione della « questione della responsabilità » « come un mezzo di

Teoria generale, Santa Maria Capua Vetere, Cavotta, 1912; R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione* cit.. Tra gli scritti più recenti è qui sufficiente rinviare alla sintesi di F. SATTÀ, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., pp. 1369 e ss..

⁽¹²³⁾ U. FORTI, *La responsabilità 'in omettendo' della pubblica amministrazione*, cit., c. 1037.

⁽¹²⁴⁾ *Ibidem*, c. 1039.

⁽¹²⁵⁾ *Ibidem*, c. 1039.

⁽¹²⁶⁾ *Ibidem*, c. 1042.

⁽¹²⁷⁾ In questo senso Forti non esita a criticare le ambigue pagine di Orlando: « non è poi vero (...) che certe figure che la sistematica giuridica viene delineando nel diritto pubblico, siano *proprie* del diritto privato » (*ibidem*, c. 1038).

⁽¹²⁸⁾ La colpa, ad esempio, « non può annoverarsi tra gli elementi essenziali di questa responsabilità di diritto pubblico », non ha « alcuna funzione *essenziale* (...) come l'ha invece ed essenzialissima, nelle responsabilità di diritto civile » (*ibidem*, c. 1058).

diritto civile per reintegrare il diritto pubblico » (129). La visione erronea da combattere è, più in generale, quella del diritto comune civilistico 'alla Chironi': l'unità del diritto deve essere colta al di là dei soli principi di diritto privato, prestando attenzione al « concetto correttissimo del Vacchelli » (130). Da tale visione scaturiscono anche in questo caso necessarie conseguenze 'logiche' in tema di responsabilità: Cammeo risponde in maniera negativa all'interrogativo circa la configurabilità « secondo i criteri e con gli effetti del diritto civile » della responsabilità della pubblica amministrazione (131); afferma che « per violazione di un rapporto di diritto pubblico, non si applicano allo Stato, *sic et simpliciter*, gli articoli 1151 e ss. del Cod. civ »: « il titolo del risarcimento del danno è l'*iniuria*: ma l'*iniuria* può essere di diritto pubblico o privato: e se è di diritto pubblico, non possono le sue conseguenze essere commisurate alla stregua dei criteri scritti per le lesioni di diritto privato » (132).

La cifra peculiare della 'diversità' della responsabilità della pubblica amministrazione è rappresentata però, in Cammeo, dalla necessità di approntare un istituto idoneo a fornire una soluzione al contrasto — ritenuto inevitabile — tra l'indagine sulla colpa e 'l'impossibilità' una valutazione della discrezionalità tecnica da parte del giudice ordinario. L'accettazione della tesi 'autonomistica' è determinata da una sincera passione garantistica: una volta liberi dall'ingombrante elemento soggettivo inapplicabile nei confronti di

(129) F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 217.

(130) *Ibidem*, p. 198. L'Autore cui è contrapposta la visione di Vacchelli è, naturalmente, Chironi. Cammeo, pur aderendo alla tesi di Vacchelli, preferisce parlare di « basi comuni al diritto pubblico e al privato » e fissa maggiormente l'attenzione sui vincoli unitari stabiliti dalla comunanza dei fondamentali principi: « Il *diritto comune*, per il Vacchelli, comprende tanto il diritto *privato* quanto quello *pubblico*; ed è il complesso delle norme ordinarie che rispondono alla natura sociale e alle esigenze logiche di ciascun istituto: mentre è diritto eccezionale ciò che per considerazioni speciali soggettive se ne discosta. Quindi vi è un diritto comune privato ed un diritto comune pubblico, i quali sono uniti però dal vincolo dei fondamentali principi. (...) Questa teoria filosoficamente esposta dal Vacchelli risponde in sostanza a quanto diciamo (...) circa le basi comuni al diritto pubblico e al diritto privato ed alla necessità di distinguere le regole comuni in ordine alla natura dei diversi istituti » (pp. 198/199).

(131) F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 212.

(132) *Ibidem*, p. 213.

scelte discrezionali, si può giungere ad attribuire un risarcimento a fronte di ogni lesione dei diritti del cittadino. L'abbandono dell'istituto privatistico è determinato dalla consapevolezza che la semplice applicazione del diritto comune civilistico porterebbe « a negare del tutto la responsabilità dell'amministrazione » per non « contraddire » il « precetto fondamentale » della discrezionalità ⁽¹³³⁾.

Partendo dal principio generalissimo (ritenuto comune sia al diritto pubblico che al privato) della necessità di una reintegrazione del diritto leso, la configurazione giuspubblicistica di una responsabilità 'autonoma' mira ad individuare dei caratteri compatibili con le peculiarità dell'amministrazione: tutto quanto attiene alle ricerche soggettive della colpa « non ha ragion d'essere » ⁽¹³⁴⁾, « l'unica

⁽¹³³⁾ *Ibidem*, p. 894. Abbiamo già detto che ci interessa cogliere nelle proposte degli amministrativisti la crescente frammentazione del nostro istituto: è chiaro però che le singole voci accentuano la 'diversità' della ricostruzione amministrativistica e la sua 'autonomia' ispirandosi a finalità, diciamo così, di politica del diritto che debbono essere collocate all'interno del progetto giuridico dei singoli autori. La precisazione è qui doverosa perché parliamo di Federico Cammeo: Autore sottratto nei suoi studi amministrativistici a quell'« assillo incalzante » — che caratterizzava la posizione di Santi Romano e di Oreste Ranalletti — « di sottrarre la nuova costruzione ad abbracci snaturanti, tutti protesi a garantirgli originarietà e originalità »; Autore propenso ad un « dialogo fitto fra operatore del diritto privato ed operatore del diritto pubblico » (su tali aspetti del pensiero di Cammeo, si cfr. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., pp. 379 e ss.; P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana*, cit., pp. 129 e ss. da cui sono tratte — p. 132 — le precedenti citazioni). Nel caso di Cammeo la tensione verso una ricostruzione 'propria' della responsabilità della pubblica amministrazione è, dunque, soprattutto il frutto di una sincera passione garantistica e non il segno di un aprioristico rifiuto degli strumentari civilistici: l'obiettivo è quello della ricerca di una garanzia per il cittadino a fronte di una discrezionalità della pubblica amministrazione che a Cammeo pare non arginabile ricorrendo allo strumento privatistico dell'*iniuria*.

⁽¹³⁴⁾ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 214; cfr. anche pp. 895/896. Si cfr. anche F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (Ristampa con note di aggiornamento a cura di Giovanni Miele), Padova, Cedam, 1960 (la prima stampa, in veste litografica, dell'opera risale al 1911-1914) pp. 614 e ss.; p. 639: « L'amministrazione (...) risponde del fatto dannoso soltanto in quanto sia volontario e illegittimo, indipendentemente da ogni ricerca ulteriore se un buon amministratore lo avrebbe o no compito. Questo e nulla più significa il principio, cui noi crediamo, che l'amministrazione risponde senza colpa. Con ciò la responsabilità dell'amministrazione, che viene ad essere ristretta rispetto a quella di diritto civile, in grazia dei larghi poteri

indagine da farsi è quella del rapporto fra il danno con il fatto dello Stato-amministrazione » (135).

L'esigenza di una « teoria a sé stante circa l'obbligo dello Stato di risarcire i danni per atti illegittimi » procede anche dall'esigenza di costruire « una teoria unica » tra questa responsabilità e quello responsabilità proveniente da atti « perfettamente legittimi » che va affermandosi come un principio di diritto consuetudinario (136). La teoria della responsabilità dello Stato per danni illegittimi « riceve una speciale conferma *a fortiori*, indipendentemente da ogni applicazione di diritto civile » proprio dall'esistenza della responsabilità per atti legittimi per la quale si può giungere ad attribuire « un risarcimento » anche di fronte a « provvedimenti discrezionali e legittimi, che per titolo di *iniuria* non darebbero luogo a risarcimento » (137).

discrezionali ed insindacabili di cui gli enti pubblici sono dotati, viene d'altro canto ad essere lievemente ampliata, sempre in confronto del diritto civile, perché l'amministrazione risponde del fatto suo (cioè del suo funzionario) illegittimo ancorché non colposo ».

(135) F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 214.

(136) *Ibidem*, p. 216.

(137) *Ibidem*, p. 216. Cfr. anche p. 871: « La pubblica amministrazione per diritto nostro incorre in un obbligo di risarcimento anche per fatti leciti, quando questi rappresentino un *sacrificio speciale*, cioè diverso dai generali oneri, comuni a tutti i sudditi, ed imposto eccezionalmente ad un cittadino in vantaggio della collettività »; « Siamo d'avviso che questo principio della risarcibilità del danno speciale legittimo sia contenuto come principio generale nel diritto italiano: e possa argomentarsi per analogia dai casi particolari in cui l'indennità è espressamente concessa ». Ammesso il 'risarcimento' come principio generale nell'ipotesi di danni provenienti da atti legittimi, occorre necessariamente configurare la responsabilità della pubblica amministrazione anche per i danni arrecati illecitamente: « ...come l'equità impone che chi si avvantaggi di un'attività ne sopporti anche i danni arrecati ad altri, nel che sta il fondamento dell'obbligo di risarcimento del danno legittimo, così uguale principio per lo meno prescrive che altrettanto accada per i danni illegittimamente inferti. Qualunque altro principio che, tenendo fermo quell'obbligo nel primo caso lo disconoscesse nel secondo, costituirebbe un premio ed un incoraggiamento alla illegalità. Pertanto dall'esistenza di una cosiddetta responsabilità dell'amministrazione per danni legittimi si può desumere *a priori* la necessità dell'obbligo di risarcire i danni illegittimi (...). In tal senso (...) le due specie di obblighi di risarcimento possono unificarsi sotto un'unica teoria » (p. 873).

La costruzione di una teoria unitaria della 'responsabilità' da fatto lecito e di quella da fatto illecito suggeriona, oltre a Cammeo, anche Vacchelli, Romano e, qualche anno dopo, Adolfo Giaquinto. Contro tale schema unitario si schierano Ranelletti, Forti,

Al di là degli ulteriori sviluppi tecnici del dibattito ⁽¹³⁸⁾, quello che si può notare è come l'impianto argomentativo fondato sulla 'fine del diritto comune' generi in questi anni una proliferazione di figure settorialmente diverse del nostro istituto. L'interprete all'interno della sua disciplina, e finalmente libero dalla tutela privatistica, può impostare i tratti dell'istituto a suo piacimento: l'appiglio normativo è spesso un mero accidente, mentre il ruolo decisivo è svolto proprio dalla premessa della distruzione del modello 'monogenetico' civilistico.

Negli stessi anni il giovane Dionisio Anzilotti poneva le stesse esigenze nel campo del diritto internazionale e, scagliandosi contro l'abitudine di utilizzare in questa disciplina « idee e criteri mutuati, quasi senza critica alcuna, dalle teorie di diritto privato », ne rivendicava l'autonomia concettuale: il diritto internazionale « regola un ordine completamente distinto e diverso » che deve « svolgersi in base a concetti suoi » ⁽¹³⁹⁾. Anche Anzilotti discute di responsabilità ed anche lui giunge alla necessità di configurare una teoria 'autonoma', corrispondente alle esigenze disciplinari proprie del diritto

Siciliani, Presutti che contestano che 'l'indennità' attribuita nel caso di danni provenienti da atti legittimi della pubblica amministrazione possa qualificarsi come risarcimento, e più in generale, la configurazione di tale ipotesi come responsabilità. Per i danni arrecati *jure* affermano unanimi questi ultimi autori non si potrà mai parlare di responsabilità, bensì solo di « obbligo d'indennità »; indennità da configurare come « condizione essenziale affinché l'atto diventi *jure* » (cfr., per tutti, E. PRESUTTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione in relazione alla giurisdizione amministrativa*, cit. p. 140).

⁽¹³⁸⁾ Il dibattito si sviluppò più che in relazione agli aspetti di diritto sostanziale, soprattutto in relazione al sistema della giustizia amministrativa. Cfr. soprattutto L. MORTARA, *Commentario delle leggi e del Codice di procedura civile*, vol. I, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, Vallardi, s.d., pp. 212 e ss.; E. PRESUTTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione in relazione alla giurisdizione amministrativa*, cit.; F. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1905, IV, cc. 23-109 (monografia poi sviluppata nella parte finale del già citato *Commentario*). Per una breve sintesi del dibattito si cfr. E. CANNADA-BARTOLI, *Introduzione alla responsabilità della pubblica amministrazione in Italia*, in *Id.* (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, Utet, 1976, pp. 9 e ss..

⁽¹³⁹⁾ D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, I, *Il problema della responsabilità nel diritto internazionale*, Firenze, Lumachi, 1902, pp. 154 e 158.

internazionale ⁽¹⁴⁰⁾: qui « la responsabilità si presenta piuttosto come un'assoluta esigenza dell'ordine giuridico internazionale, che come una conseguenza della pretesa colpa dello Stato » ⁽¹⁴¹⁾.

La rivendicazione di una forte identità disciplinare spinge, dunque, a 'smembrare' gli antichi istituti, fino ad allora ritenuti di esclusiva pertinenza della tradizione privatistica, rielaborandoli e rendendoli omogenei alle « esigenze » dei singoli settori. Scomparso il 'mito' del diritto comune civilistico, i giuristi possono — in assenza di specifiche disposizioni normative — pescare dall'antico pozzo

⁽¹⁴⁰⁾ Anche in questo caso la serrata critica contro l'utilizzazione dei concetti della tradizione romanistica e privatistica si affianca ad una ricostruzione 'autonoma' che è tale solo per la collocazione disciplinare separata delle tesi innovative avanzate dagli stessi civilisti. Cfr. D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, cit., p. 154: « Non vi è forse argomento in tutto il diritto internazionale in cui l'influenza delle teorie romanistiche sia così profondamente radicata come in questo campo: non soltanto il principio che collega la responsabilità alla colpa, ma anche le regole sulla valutazione della colpa si è creduto di poter desumere dal diritto romano ». La soluzione, per Anzilotti, è evidentemente un'altra, quella di far valere in tema di responsabilità « le esigenze » specifiche del proprio settore disciplinare: « il diritto internazionale non considera come elemento essenziale della responsabilità *l'animo* dell'agente nella violazione del diritto altrui, e dà invece la maggior importanza al *fatto* della ingiusta violazione del diritto altrui » (p. 178); mentre « nei rapporti fra individui il principio della colpa, condizione e causa della responsabilità, risponde ad un sistema giuridico progredito fondato sull'affermazione dell'individualità », nei rapporti fra Stati, invece, « la volontà si manifesta e si afferma in altro momento più importante e decisivo, cioè nella creazione stessa delle norme giuridiche, dalla cui violazione sorge la responsabilità » (pp. 178/179).

⁽¹⁴¹⁾ D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, p. 163.

All'affermazione di Anzilotti per cui il principio della responsabilità senza colpa rappresenta una peculiarità propria dei rapporti di diritto internazionale, segue una pronta replica di Santi Romano che tiene a conservare 'la paternità' di tutte le possibili applicazioni nel settore del diritto pubblico: « una teoria sulla responsabilità dello Stato nei rapporti internazionali non può dimenticare che è precisamente nel diritto interno che trovano organizzazione e fondamento i fatti dai quali può sorgere la responsabilità medesima »; « ...noi che, altre volte, pel diritto pubblico interno, abbiamo cercato di dimostrare la necessità che nella dottrina della responsabilità dello Stato per fatti illeciti si prescindano dall'elemento della colpa, crediamo che, oltre quei motivi specifici al diritto internazionale, altri ce ne siano generali a tutto il diritto pubblico e conducenti alla medesima conseguenza, per cui non si può dire che la responsabilità internazionale abbia questo carattere proprio » (Le citazioni sono tratte dalla recensione di ROMANO al testo di Anzilotti, in *Archivio giuridico*, LII, 1903, pp. 372-377).

civilistico solo quei principi compatibili con l'essenza del proprio settore, costruendo coi brandelli sparsi delle vecchie figure istituti 'nuovi' ed 'autonomi'.

A ben guardare, dietro la facciata appariscente della proliferazione di tante 'responsabilità' aventi in ciascuna disciplina caratteri propri, quello che emerge con nettezza, in questa sorta di anarchia epistemologica generata dalla caduta del 'mito' del diritto privato, è solo la fine dello schema comune, più che il declamato sorgere di istituti autonomi. L'impronta più significativa lasciata dal dibattito amministrativistico di questi anni è, del resto, soprattutto quella negativa dell'abbattimento del diritto comune civilistico, quella del rifiuto di un'unità del diritto espressa dai suoi principi uguali, quella del 'superamento' del diritto civile come sola garanzia nei confronti dei diritti del cittadino ⁽¹⁴²⁾. La parte 'garantistica' della ricostruzione autonoma resta, come abbiamo visto, estremamente fragile e tutta ancora dipendente dai modelli avanzati dagli 'eretici' del diritto civile.

Allorché, nel giro di pochi anni, il tentativo di una configurazione 'autonoma' della responsabilità della pubblica amministrazione volgerà al tramonto, la sola eredità lasciata dalle istanze garantistiche sarà, non a caso, proprio la parte distruttiva, la meno 'nobile', del suo messaggio: quella dell'affermazione — premessa a tutti i discorsi autonomistici come indiscutibile base per mostrare la fine del diritto comune civilistico — del *Mehrwert* dell'amministrazione; affermazione che resterà ancora a lungo ben solida.

⁽¹⁴²⁾ La 'diversificazione' del diritto amministrativo, il suo 'distacco' dal diritto civile, il suo configurarsi come autonomo diritto comune, lasciarono in tema di responsabilità — come vedremo meglio in seguito — semplicemente l'esigenza di una considerazione attenta alle peculiarità della pubblica amministrazione. La 'diversità' amministrativistica non è utilizzata per garantire — come è stato proposto di recente, ribadendo la sostanzialità della differenza pubblico/privato (cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982), e come forse si poteva desumere da qualche pagina sulla responsabilità degli 'autonomisti' — regole maggiori di efficienza, di trasparenza, di controllo di legalità; ma intendendo, più semplicemente, 'peculiarità' come diritto alla 'deroga', come privilegio.

5. *La sistematizzazione dell'unità perduta.*

Nel 1902 e nel 1904 sono pubblicati sulla *Rivista penale*, a firma di un brillante processualpenalista, Arturo Rocco, due lunghi saggi che, a prima vista, paiono semplicemente confermare il processo di frammentazione della responsabilità civile; in realtà, le questioni poste sono ben più ampie e mettono direttamente in discussione il quadro fin qui considerato. I saggi ricercano un fondamento giuridico per « la riparazione alle vittime degli errori giudiziari »⁽¹⁴³⁾, pongono la questione della « responsabilità dello Stato nel diritto processuale penale »⁽¹⁴⁴⁾; e l'ottica con cui si vaglia la responsabilità è, come l'Autore tiene a precisare, « strettamente giuridica », « dogmatica ».

Anche in questo caso il punto di avvio è la constatazione di una 'impossibilità': quella di risolvere il problema della riparazione degli errori giudiziari affidandosi alle rigide regole presenti nel diritto privato. Ed anche in questo caso si mettono in evidenza, di fronte alla responsabilità di diritto comune, le 'necessità', le 'esigenze' proprie del settore disciplinare in cui si opera la ricostruzione giuridica. Gli scritti di Arturo Rocco hanno però, come abbiamo

⁽¹⁴³⁾ A. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Rivista penale*, LVI, 1902, (pp. 249/274; 395/435; 507/555). Una questione che coinvolge due aspetti: a) « se lo Stato debba riparare i danni sofferti dall'innocente condannato in seguito ad una sentenza di condanna riconosciuta ingiusta nel posteriore giudizio di revisione »; b) « se lo Stato debba riparare i danni sofferti, a causa di ingiusta carcerazione preventiva dall'innocente imputato e poi prosciolto in sede istruttoria e poi di merito » (p. 260).

È chiaro che tali questioni ci interessano solo limitatamente agli aspetti inerenti al dibattito qui analizzato. Per delle informazioni sulla vicenda specifica (il primo aspetto, come si sa, fu risolto con il Codice di procedura penale del 1930 nel senso indicato da Rocco; per il secondo, occorre seguire una vicenda che giunge sino ai nostri giorni — il riferimento va naturalmente all'articolo 314 del nuovo Codice di procedura penale, al 'nuovo istituto' della riparazione per l'ingiusta custodia cautelare). Qui è sufficiente rinviare a M. SCARDIA, *Errore giudiziario (riparazione dell')*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, 1966, (pp. 325-330); G. TRANCHINA, *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Novissimo digesto italiano*, XV, 1968, (pp. 1191-1198); L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁽¹⁴⁴⁾ A. ROCCO, *La responsabilità dello Stato nel diritto processuale penale. Contributo a una teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto pubblico interno*, in *Rivista penale*, LX, 1904, (pp. 5/41; 148/175; 269/299).

accennato, una posizione anomala all'interno del processo di frammentazione del nostro istituto, perché l'Autore si fa censore delle molteplici contraddizioni presenti negli schemi 'autonomi' dalla responsabilità civile e, ripercorrendo l'intero dibattito sulla responsabilità dello Stato, tenta di ricongiungere i fili di una teoria unitaria da sovrapporre alla perduta unità civilistica.

L'obiettivo 'dogmatico' di Rocco è quello di mostrare l'impossibilità di dare un fondamento giuridico alla riparazione per le 'vittime degli errori giudiziari' facendo riferimento alla teoria della responsabilità. Le certezze attraverso cui si giunge a respingere ogni responsabilità diretta o indiretta dello Stato, quelle attraverso cui si criticano nel dettaglio i vari « espedienti di dialettica giuridica »⁽¹⁴⁵⁾ escogitati per configurare tale responsabilità, non sono nuove. Si richiama la pericolosità di qualsiasi eccezione al principio della irresponsabilità per « gli atti sovrani »: condurrebbe « verso lo sconvolgimento di tutti i principii del diritto pubblico, di tutti i principii del diritto privato, e, in definitiva, di tutto il diritto: sarebbe cioè lo sconvolgimento dello Stato e della Società »⁽¹⁴⁶⁾. Si richiamano le ineliminabili peculiarità del soggetto statale: lo Stato non ha interessi privati, ma tende verso l'interesse comune, il « *bene commune* »⁽¹⁴⁷⁾; lo Stato non agisce in base a determinazioni libere di volontà, ma « sotto l'impero di una *necessità* imprescindibile »⁽¹⁴⁸⁾; lo Stato che « usa di un suo diritto » può sì arrecare un danno al cittadino, ma mai un danno illegittimo o ingiurioso⁽¹⁴⁹⁾.

Lo Stato, dunque, non può essere mai civilmente responsabile del danno che arreca con i suoi « atti sovrani ». Non solo: ragioni 'logiche' impongono che il giurista non possa neanche distinguere tra i diversi 'atti sovrani' per individuare spazi di responsabilità:

⁽¹⁴⁵⁾ A. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit., p. 410.

⁽¹⁴⁶⁾ *Ibidem*, p. 416.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 431.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 432.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ibidem*, p. 266: « ...lo Stato, quando, come potere esecutivo, esercita l'azione penale, quando, come potere giudiziario, esplica la giurisdizione penale, usa di *un suo diritto*, cioè quello di *tutelare l'ordine giuridico pubblico interno*, e quindi non può violare il diritto di nessun cittadino, perché *qui jure suo utitur neminem laedit*. Se commette un errore, se perseguita o condanna un innocente, potrà recargli un danno, — questo sì, ma mai un danno *illegittimo e ingiurioso* ».

« una distinzione tra sovranità legislativa, da un lato, e sovranità governativa e giudiziaria, dall'altro, non trova luogo e non è possibile » (150). Le stesse ragioni che rendono « logicamente inammissibile » che la legge, « espressione suprema del diritto », possa ledere un diritto del privato, concorrono pertanto a favore dell'irresponsabilità dello Stato per i danni arrecati dal potere giudiziario (151), rendendo impossibile un risarcimento per l'ingiusta condanna dell'innocente. E lo stesso discorso resta poi valido per quanto attiene all'ingiusta persecuzione di un innocente (carcerazione preventiva), pur essendo qui coinvolta « un'altra funzione sovrana che pertiene non propriamente al potere giudiziario, ma al potere esecutivo »: ad impedire che di lesione del diritto dei cittadini si possa parlare è la presenza di « un potere discrezionale » affidato al Pubblico Ministero (152).

A tali conclusioni 'logiche' deve necessariamente giungere il giurista — ed il vero giurista, per Rocco, è colui che non si attarda in sterili esercizi con il « criterio di equità » o con il « diritto futuro » — anche guardando alle recentissime teorie miranti a dare

(150) A. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit., p. 420.

(151) *Ibidem*, p. 421: « ...non si può ammettere che il giudicato (...) violi il diritto del privato perché ciò che contiene il diritto obiettivo, dichiarato e applicato per il caso speciale (...) non può nel tempo stesso, essere il disconoscimento e la negazione del quesito diritto e contenere una violazione del diritto altrui ».

(152) Giova specificare la questione dando la parola allo stesso Rocco: « ...la persecuzione dei delinquenti non è principio che si possa disciplinare in principii fermi e costanti di diritto positivo, in norme giuridiche fisse e tassative; esso implica un apprezzamento di fatto, caso per caso, un apprezzamento *discrezionale*... »; « nel sistema stesso del diritto obiettivo, la persecuzione dei reati è un diritto (diritto di supremazia), che sta come *limite* al *diritto di libertà del cittadino*. Ma appunto perché gli sta come limite, appunto perché la libertà del cittadino è, per ipotesi, incompatibile con la *criminis persecutio*, è chiaro che essa, in tutto ciò che dalla legge non è regolato, ma invece lasciato al potere discrezionale del magistrato, non può aspirare ad una vera e propria tutela giuridica e giurisdizionale. In quanto, dunque, la libertà del cittadino si trova di fronte a un potere discrezionale del magistrato, essa non è un diritto che il magistrato con l'esercizio del suo potere venga a violare, ma un semplice interesse. Perché se lo Stato perseguita un innocente, recherà a lui un danno, ma non un danno giuridico, violerà un suo interesse, ma non un suo diritto subiettivo, farà opera ingiusta ma non mai illegittima e contraria al diritto. Manca dunque anche qui quella illiceità del fatto che è elemento indispensabile della figura della responsabilità civile » (A. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit., pp. 426/427).

una veste 'autonoma' di diritto pubblico alla responsabilità. Pur volendo dare per buone tali teorie, occorre dire infatti che esse sono comunque insufficienti a fondare giuridicamente l'ipotesi in questione. Rocco non nasconde però perplessità più ampie sulle ricostruzioni 'autonome' dei giuspubblicisti: come si può, del resto, ritenere accettabile una teoria che prescinde del tutto dall'elemento della volontà nel caso della responsabilità per fatti illeciti; oppure, nella cosiddetta responsabilità da fatti leciti, che pretende di ricavare una nuova forma di responsabilità facendo 'concreto' riferimento al « caso tipico e stucchevolmente ad ogni istante ripetuto dell'espropriazione a causa di pubblica utilità » (153) e ignorando il principio più ampio dell'impossibilità di un contrasto tra i diritti (154). Nel saggio del 1902, ponendo da parte tali perplessità, Rocco è pago però solo della dimostrazione che « l'obbligo statutale della riparazione alle vittime giudiziarie non può assumere mai la veste di una responsabilità sia pure di diritto pubblico, per danni illegittimamente o anche legittimamente dati » (155).

Negare la responsabilità non significa però escludere un « diritto alla riparazione » (156). Il contenuto di un tale diritto non è riconducibile, a dire di Rocco, alla « attività giuridica », ma alle crescenti forme di « attività sociale dello Stato »: « consiste in un intervento dello Stato nei rapporti sociali, non già per regolarli giuridicamente, ma bensì con lo scopo di agire nel loro interesse, con lo scopo di promuovere il benessere nella società » (157). La riparazione alle vittime degli errori giudiziari trova dunque « la sua sede naturale e la sua adatta sistemazione giuridica » in relazione ai 'diritti ed ai doveri' di pubblica assistenza che legano lo Stato ai cittadini: « è un'assistenza obbligatoria che lo Stato deve a coloro che furono colpiti dalla sventura di un errore giudiziario » (158). Espressione di un principio di « solidarietà sociale », « attuazione di un principio di giustizia » (159), l'assistenza obbligatoria dello Stato

(153) A. Rocco, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit., p. 531 nota.

(154) Cfr. *ibidem*, pp. 533/534.

(155) *Ibidem*, pp. 537 e ss.,

(156) Cfr. *ibidem*, pp. 545 e ss.,

(157) *Ibidem*, p. 544.

(158) *Ibidem*, p. 545.

(159) *Ibidem*, p. 547.

si presenta come l'unica soluzione giuridica idonea a porre rimedio al *damnum fatale* della persecuzione o condanna dell'innocente ⁽¹⁶⁰⁾.

La soluzione giuridica per l'ingiustizia subita dal cittadino non deve essere dunque ricercata nello 'sconvolgimento' dell'essenza della responsabilità, ma partendo dal riconoscimento dei suoi limiti. L'ingiustizia prodotta dagli 'atti sovrani' è infatti 'logicamente' fuori dall'orbita della responsabilità, fuori pertanto da qualsiasi tentativo di ricostruzione operata dai giuristi trasformando i suoi principi generali. L'accettazione dell'inapplicabilità del diritto comune non può spingere a sfigurare gli antichi istituti, rendendoli arbitrariamente compatibili con ipotesi sottratte ad essi; ma deve portare all'invenzione di nuovi diritti, di nuovi obblighi conformi alla supremazia giuridica del potere pubblico. È — volendo restare ai modelli qui proposti — sempre la via indicata nelle pagine di Vacchelli, ma essa trova un'applicazione che non produce alcuna 'poligenesi' degli istituti e che dalla 'fine' del diritto comune trae solo la conseguenza dell'indispensabile ridimensionamento della sua orbita.

Al di là della discutibilità 'dogmatica' della tesi di fondo — la non riferibilità allo Stato di un comportamento illecito —, l'ampia utilizzazione di Rocco (al solo fine di negare la responsabilità) degli schemi degli stessi giuspubblicisti rappresentava comunque un invito a procedere con cautela nelle costruzioni settoriali della responsabilità di diritto pubblico. Dalle pagine del processualpenalista riaffiorava la visione di una responsabilità (meglio: di un'irresponsabilità) di diritto pubblico concepibile come autonoma nel solo senso — orlandiano — di deroga, di limite negativo ad una 'vera' responsabilità collocata altròve. Erano, del resto, proprio le premesse del discorso giuspubblicistico a imporre l'abbandono di fronte al potere pubblico della (vana, a giudizio di Rocco) ricerca di una lesione giuridica — elemento indispensabile, se in tema di responsabilità si deve rimanere — del diritto del cittadino: è proprio lo sviluppo 'coerente' del discorso giuspubblicistico ad impedire

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibidem*, pp. 548 e ss.. Rocco giunge pertanto ad una costruzione giuridica differenziata rispetto a quella del risarcimento del danno: la riparazione deve essere accordata soltanto agli indigenti, può concernere anche solo una parte del danno sofferto, non si ottiene con un provvedimento giurisdizionale ma amministrativo.

qualsiasi rivisitazione della responsabilità come strumento di garanzia e a spingere verso il suo abbandono.

Santi Romano — le cui tesi erano duramente colpite dalla ricostruzione di Rocco — minimizza, recensendo il lavoro, la portata dell'intervento del processualpenalista: si può, certo, convenire — scrive — sulla « impossibilità » di applicare alla riparazione degli errori giudiziari le regole della responsabilità del diritto privato ⁽¹⁶¹⁾; ma non vi sono ragioni dogmatiche per negare che le ipotesi in questione rientrino nella 'diversa' teoria della responsabilità degli enti pubblici. La strada dell'applicazione della responsabilità giuspubblicistica appare a Romano « la più semplice, la più lineare, la più spontanea » ⁽¹⁶²⁾; perché dunque seguire, come fa Rocco, un itinerario teorico così lungo per raggiungere un risultato che può essere assicurato direttamente.

Il tema non è tale però da poter essere risolto con le poche battute di una recensione. Dopo pochi mesi il giuspubblicista è costretto a tornare più ampiamente sull'argomento per difendere la sua teoria ⁽¹⁶³⁾. Dallo scritto di Rocco — è questo l'aspetto che Romano tiene ancora a sottolineare — si può trarre solo la riprova della « impossibilità di fondare la responsabilità degli enti pubblici sui principii puramente privatistici » ⁽¹⁶⁴⁾, si può trarre dunque solo la 'fine' del diritto comune civilistico, e non altro. L'errore di fondo del penalista è di affiancare a questa, oramai certa, « impossibilità » dogmatica anche la ricostruzione, molto discutibile, dell'impossibi-

⁽¹⁶¹⁾ S. ROMANO, *Recensione a Rocco (La riparazione...)*, in *Archivio giuridico*, LXX, 1 (gennaio/febbraio 1903), (pp. 191/194), p. 192: « Su un primo punto crediamo che debba pienamente convenirsi col Rocco, cioè sull'impossibilità di fare dell'istituto della riparazione economica degli errori giudiziari un'applicazione più o meno diretta delle regole che disciplinano la responsabilità di diritto privato. Tutte le figure anche le più nuove e le più larghe, che per quest'ultima si sono proposte, contengono sempre qualche cosa, non solo di accidentale, ma anche di sostanziale, che tradisce l'improprietà di trasportarle in materie che rientrano nel campo del diritto pubblico. E questo oramai si può dire che sia riuscito ad emanciparsi da quelle tendenze, che, prima poggiandosi su una creduta, ma inesistente identità di rapporti, poi ricorrendo a pericolosi spedienti di una strategia analogica, faceva di molti problemi dei veri *insolubilia* ».

⁽¹⁶²⁾ *Ibidem*, p. 193.

⁽¹⁶³⁾ S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Legge*, 1903 (cc. 1435/1444) (poi in *Id, Scritti minori*, cit., II, pp. 157 e ss.).

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibidem*, c. 1435.

lità di attribuire un'opera ingiusta allo Stato. Si trascura così che « in nessun momento lo Stato rinnega, per così dire, la paternità della sua azione » (165): « principii assolutamente indiscussi del nostro diritto » impongono che lo Stato non possa disconoscere tale 'paternità' anche quando i suoi atti siano illegittimi. È, del resto, proprio da questo principio che deriva — a dire di Santi Romano — l'irrelevanza nel campo del diritto pubblico di taluni principii civilistici (il riferimento va naturalmente alla colpa) nel rapporto tra amministrazione e cittadino (166). L'affermazione che gli enti pubblici rispondono anche se incolpevoli, non significa però negare l'elemento della volontà — era tale assenza che rendeva, a dire di Rocco, impossibile la responsabilità giuspubblicistica —; significa invece solo sviluppare in modo lineare una dogmatica pubblicistica volta a « prescindere da ogni criterio o principio strettamente privatistico » (167). Nel diritto pubblico infatti: « incolpevole non equivale (...) a *indipendente dalla volontà* » (168).

(165) *Ibidem*, c. 1438: « Contrariamente a quanto si è talvolta affermato, è possibile che lo Stato e gli altri enti pubblici, nell'esercizio delle loro funzioni, siano esse dirette alla tutela del diritto o alla cura del benessere sociale, compiano atti illegittimi. Tale illegittimità non è elemento sufficiente per fare attribuire questi atti non allo Stato ma ai suoi funzionari. Una serie di principii assolutamente indiscussi del nostro diritto si fondano sul presupposto che un atto, sia esso amministrativo, sia giudiziario, rimane atto dello Stato anche quando si palesa illegale: tutto l'ingranaggio istituzionale, che ha per iscopo la correzione di questi atti, la riparazione dei loro effetti ingiusti, la loro revoca, è animato per l'appunto dal concetto che in nessun momento lo Stato rinnega, per così dire, la paternità della sua azione ».

(166) La colpa può essere rilevante solo nel rapporto tra amministrazione e funzionario: « tutte le volte che la colpa del funzionario, nei rapporti coi cittadini, viene in campo, essa ha per effetto di non far più attribuire agli enti pubblici, ma al funzionario semplicemente la paternità dell'atto e di renderli per conseguenza irresponsabili ». Da questo punto di vista, la colpa del funzionario non afferma, ma esclude, a dire di Romano, la responsabilità dell'ente: « ...il principio comunemente affermato, che cioè la responsabilità dell'amministrazione non può sorgere se non riguardo alla colpa del suo personale, de[ve] non solo non mantenersi, ma spesso rovesciarsi e affermarsi invece il principio che gli enti pubblici rispondono dei loro atti illegittimi, quando l'illegittimità non è conseguenza di una colpa del funzionario che deve dal cittadino prendersi in considerazione come tale » (*ibidem*, c. 1439).

(167) S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit., c. 1437.

(168) Romano qui è costretto ad introdurre una serie di distinzioni assenti nella prime formulazioni della sua teoria: la responsabilità di diritto pubblico non prescinde

Ridefiniti i cardini della 'autonoma' teoria giuspubblicistica della responsabilità, Romano può passare a dimostrare la sua applicabilità anche all'ipotesi della riparazione degli errori giudiziari: è assurdo ritenere, come fa Rocco, che la condanna dell'innocente non è mai un fatto dello Stato (perché o è un caso fortuito o è un atto illecito del funzionario): « la condanna, come anche la carcerazione preventiva, non può considerarsi altrimenti che come conseguenza di una *dichiarazione di volontà* dello Stato » (169). Un ostacolo all'applicazione dello schema della responsabilità da atti illegittimi potrà, certo, ricavarsi da quell'elemento della 'discrezionalità' che Rocco non manca di invocare. Nell'ipotesi però della condanna « il giudice non ha poteri discrezionali » (« se accerta l'esistenza del fatto punibile *deve* punire »); e solo riguardo all'arresto preventivo può dirsi che esista « un apprezzamento di convenienza, di opportunità, donde la figura del potere discrezionale » (170). Quest'ultima ipotesi non rappresenta però un serio ostacolo per chi voglia individuare comunque un fondamento nella responsabilità: si può infatti « ricorrere all'istituto della responsabilità per fatti leciti » (171).

dalla volontà, ma solo da « quel concetto tecnico di colpa che è stato elaborato ai fini del diritto privato e avendo esclusivamente di mira volontà individuali ». Volendo si potrebbe, anche nel campo giuspubblicistico, parlare di 'colpa', a patto però di intenderla « in senso larghissimo, in quel senso larghissimo che è necessario e sufficiente per dedurre la responsabilità »: ma non si può però ignorare che il termine ha assunto un significato tecnico ben preciso, per cui « noi preferiamo farne a meno. E ne facciamo a meno, perché non crediamo possibile riferire alla volontà degli enti pubblici tutte quelle valutazioni e distinzioni, secondo le quali si parla o meno di colpa nei riguardi degli individui ». Tali affermazioni valgono anche come un tentativo di Romano di distinguere la sua teoria da quelle privatistiche della 'responsabilità senza colpa'.

(169) S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit. c. 1441. Partendo da tale affermazione, Romano può capovolgere la lettura fornita da Rocco dell'articolo 783 del Codice di procedura civile (che chiamava il giudice e il Pubblico Ministero a rispondere personalmente dei fatti illeciti dannosi): da quell'articolo non può dedursi che il fatto dell'ingiusta condanna o persecuzione è propria del funzionario e perciò estranea allo Stato; esso infatti « consacra un eccezione » ad un principio più generale: dell'atto dello Stato illegittimo « si deve rispondere, senza avere riguardo ai motivi che lo hanno determinato, responsabile di esso dovrà dirsi lo Stato » (c. 1442).

(170) S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, cit. 1443.

(171) *Ibidem*, c. 1443.

Sia l'ipotesi dell'ingiusta condanna, sia quella della carcerazione preventiva possono dunque trovare un inquadramento teorico entro le nuove figure di responsabilità presenti nel campo del diritto pubblico: le affermazioni di Rocco, se corrette, non fanno che aggiungere nuovi mattoni alla costruzione giuspubblicistica, mostrando la sua capacità di risolvere, dopo la 'liberazione' dal dominio privatistico, tutte le questioni di responsabilità inerenti allo Stato.

L'intervento del 1904 di Rocco è soprattutto una risposta a Santi Romano: ed i dubbi appena accennati nel 1902 si manifestano esplicitamente. Il messaggio indirizzato ai giuspubblicistici è chiarissimo: l'abbandono della supremazia privatistica, il rifiuto delle unilateralità che hanno caratterizzato le visioni pancivilistiche della responsabilità non devono tradursi nell'anarchia dei principi giuridici. L'unità del diritto non si può conservare, come intende Romano, attribuendo valore di principi 'primi' ed 'essenziali' alle costruzioni 'proprie' del settore giuspubblicistico ed abbandonando i cardini tradizionali della responsabilità civile.

L'attacco alla costruzione 'autonoma' dei giuspubblicisti diviene a questo punto frontale: « quando di una responsabilità di diritto pubblico si parla non si può intenderla come qualche cosa di assolutamente e sostanzialmente diverso dalla *responsabilità civile* o *responsabilità di diritto privato*, come, per contrapposto la si viene chiamando: così da potersi dire, insomma, che si abbia in essa una forma nuova di responsabilità aggiunta a quelle tradizionali della responsabilità civile, penale, disciplinare. Se così fosse noi potremmo senza meraviglia assistere a uno strano crescendo di responsabilità » (172). Una moltiplicazione disciplinare di responsabilità 'autonome' che il giurista non può accettare: la natura della responsabilità, infatti, deve essere tratta dal contenuto dell'obbligazione che ne deriva. Sempre, quando il contenuto di tale obbligazione è il risarcimento del danno, bisognerà parlare di responsabilità civile: « ...non esiste una responsabilità di diritto pubblico, come non esiste una responsabilità di diritto internazionale, distinta dalla *responsabilità civile* o *responsabilità di diritto privato* » (173).

(172) A. Rocco, *La responsabilità dello Stato nel diritto processuale penale*, cit., p. 12.

(173) *Ibidem*, p. 12.

Il carattere peculiare del settore pubblicistico, l'indole diversa dei soggetti fanno sì che nel diritto pubblico la responsabilità sia diversamente apprezzata: « ma ciò non vuol dire che debbano venir a mancare gli estremi stessi di questa responsabilità » che rimane in ogni caso civile e privata « con tutti i presupposti che giuridicamente la fanno essere ed esistere come tale » (174). Configurare una responsabilità 'autonoma', propria al solo settore giuspubblicistico, significa dunque avviarsi verso la creazione di 'mostri giuridici', sostituendo alla oppressiva unità civilistica l'anarchia di un processo di proliferazione degli istituti che giunge a mutarne l'indiscutibile unitaria essenza.

L'unica corretta soluzione che è dato trarre dalla fine della supremazia civilistica e dalla pariordinazione delle diverse discipline — Rocco, quasi inutile dirlo, si oppone anche allo schema di Chironi — è quella di fondare una teoria generale del diritto (*Allgemeine Rechtslehre*) (175), di stabilire la 'essenza' degli istituti comune a tutti i diversi (e 'uguali') settori disciplinari: « fra gli istituti comuni al diritto privato e al pubblico e perciò elaborati dalla teoria generale del diritto, è anche quello della responsabilità, la quale perciò non appartiene più al diritto privato che al pubblico o viceversa, perché è propria di tutto il diritto, e non è, più in un campo che nell'altro un'*autonoma* teoria » (176).

Nelle singole discipline i princìpi ed i presupposti della « teoria giuridica generale della responsabilità » (177) potranno essere, in relazione alle « esigenze » proprie del settore, solo modificati, mai esclusi: nel diritto pubblico si potrà in seguito a tali modificazioni (in particolare, riguardo all'elemento della illiceità e dell'imputabilità) avere una « teoria *diversa* » della responsabilità, mai una « teoria *autonoma* cioè ricavata esclusivamente dalle viscere del diritto pubblico » (178).

L'opposizione alla tesi di Romano, il rifiuto di configurare il

(174) *Ibidem*, p. 14.

(175) Rocco richiama soprattutto la *Juristische Enzyklopädie* di Adolf Merkel (qui confrontato nell'edizione Berlin, Guttentag, 1909, Hrsg. von Rudolf Merkel).

(176) *Ibidem*, p. 15, in nota.

(177) *Ibidem*, p. 21.

(178) *Ibidem*, p. 22, in nota.

fondamento della riparazione degli errori giudiziari nella responsabilità, assume a questo punto un valore ben più ampio della particolare *querelle* dogmatica: « Conferire ad esso la natura giuridica di una responsabilità, di diritto privato o di diritto pubblico, per fatti illeciti o leciti, porterebbe a mutare le basi giuridiche tradizionali, ed io credo incrollabili della responsabilità in ogni campo del diritto » (179). La soluzione va necessariamente ricercata altrove: guardando ai nuovi compiti sociali dello Stato, all'assistenza obbligatoria, alla pubblica assistenza. La « fonte » dell'istituto non può essere più la dottrina, ma è inevitabilmente la legge.

Si argina la frammentazione della responsabilità e si riprospetta un ritorno all'unità, ma nello stesso tempo se ne enunciano tutti i limiti. Dalla teorizzata 'impossibilità' di una costruzione giuridica svolta entro i consueti binari posti per i soggetti uguali, occorre trarre anche un'altra conseguenza necessaria: le garanzie per il cittadino non debbono essere 'inventate' costruendo ancora sui resti del diritto comune civilistico, ma guardando al nuovo diritto che gli interventi legislativi connessi alla politica sociale dello Stato pongono in essere. La fantasia dei giuristi deve arrendersi, se non vuole distruggere le fondamenta tecniche del proprio edificio, alla necessaria logica dell'unità del sistema: con tale unità occorre riconoscere anche i limiti di espansione autonoma del giuridico. Di fronte all'impossibilità di una soluzione raggiunta attraverso i principi, il giurista deve arrestarsi e attendere l'unica soluzione possibile, quella legislativa.

Siamo ben oltre le pagine i Rocco. Il limite posto in nome del 'rigore della logica' alle arditezze dei giuspubblicisti ci riconduce indirettamente alle fragilità delle arditezze ricostruttive che abbiamo visto nei civilisti (180). Nei limiti della responsabilità — quale principio giuridico 'generale' volto a ristabilire l'ordine, l'armonia nel diritto — riappare una scienza giuridica che, abbandonato il 'mito' del diritto comune civilistico, stenta a trovare, senza l'intervento politico del legislatore, una sua risposta a tutte le ipotesi.

Giova ritornare, però, al nostro argomento della responsabilità della pubblica amministrazione. Possiamo, per convenzione, assumere gli interventi di Rocco come il punto in cui inizia il tratto

(179) *Ibidem*, p. 290.

(180) Cfr. *infra*, cap. IX.4.

discendente della parabola della responsabilità autonoma della pubblica amministrazione, come la fine della costruzione giuspubblicistica intesa nel senso 'poligenetico' indicato da Vacchelli. Abbiamo una sorta di ritorno al modello che abbiamo, per comodità espositiva, indicato come orlandiano.

Il successo delle critiche di Rocco si lega non solo allo spessore tecnico delle sue osservazioni ⁽¹⁸¹⁾, ma anche al fatto che i suoi dubbi sulla perdita di identità della responsabilità e sull'impossibilità di esasperare in costruzioni totalmente autonome le divisioni disciplinari trovavano un terreno fertile in una parte della giuspubblicistica che, in quegli stessi anni, maturava, in opposizione all'esasperazione della recezione del modello amministrativistico di Otto Mayer, convinzioni simili.

Percorrendo il crinale della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato in considerazione delle crescenti « complicate relazioni tra pubblica amministrazione e privato » ⁽¹⁸²⁾, i giuristi avevano cercato variamente di configurare in modo appropriato gli istituti 'ibridi' che vedevano delinearli sotto i loro occhi. Le ricorrenti espressioni 'diritto amministrativo-civile', 'diritto quasi pubblico', 'diritto pubblico-privato' ⁽¹⁸³⁾ forniscono già da sole il senso dello smarrimento presente di fronte alle nuove figure giuridiche.

L'esigenza di alcuni amministrativisti che si apprestarono a precisare tali rapporti 'misti' — il più delle volte definiti, come si notava nel periodo, semplicemente con l'antico nome privatistico e con l'aggiunta dell'espressione volta ad appianare tutte le 'anomalie': rapporto *sui generis* — fu, spesso, proprio quella di ribadire in via

⁽¹⁸¹⁾ Si cfr., ad esempio, il successo delle pagine dedicate alla critica della ricostruzione romaniana degli artt. 2 e 4 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo (A. ROCCO, *La responsabilità dello Stato nel diritto processuale penale*, pp. 153 e ss). Argomenti poi ampiamente presenti in tutta la letteratura amministrativistica successiva: dallo scritto di Adolfo Giaquinto a quello di Renato Alessi. Cfr. per tutti la breve sintesi di C. VITTA, *Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato in diritto interno*, in *Archivio giuridico*, 1934, pp. 178/194.

⁽¹⁸²⁾ L. RAGGI, *La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il Filangieri*, XXV, 1900, pp. 801/831, p. 802.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. A. MAJORANA, *Il nuovo indirizzo del diritto pubblico in rapporto alla sociologia e al diritto privato*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, pp. 117/131, p. 130; A. LONGO, *Le odierne difficoltà del diritto amministrativo*, cit., p. 495; L. RAGGI, *La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., pp. 802 e ss..

preliminare, prima di affrontare le linee dei nuovi istituti, l'unità del diritto. Giovanni Pacinotti, nella sua monografia sull'impiego nelle pubbliche amministrazioni (184), si richiama continuamente a tale indispensabile 'valore': per non accedere ad una visione, come quella di Otto Mayer, di un diritto pubblico come sempre fornito di « un elemento di plusvalenza » (185); per ribadire, con Meucci, che il diritto pubblico non è una sfera di immunità e di inviolabilità in antitesi al diritto privato (186); per combattere, con l'Orlando che scrive in tema di responsabilità, la pericolosa utilizzazione generalizzata del manto delle 'necessità del diritto pubblico' (187). Il diritto amministrativo — conclude Pacinotti — deve essere costruito considerando, sì, « quegli elementi d'opportunità e di convenienze che sono necessariamente richiesti dalla sua finalità che è quella di servire allo Stato e alla pubblica amministrazione », ma senza negare l'unità del diritto e con essa l'applicazione espansiva dei principi privatistici nei diversi ambiti disciplinari (188).

Il breve cenno alla questione ci serve solo per mostrare che l'assunzione degli interventi di Rocco a punto di svolta del dibattito è, come dicevamo, meramente convenzionale. Le pagine di Rocco devono esser lette all'interno di una più ampia vicenda che investe, da un lato, il tema dei rinnovati confini tra diritto pubblico e privato delineatisi a seguito dell'affermazione di discipline finalmente autonome; dall'altro, il consolidarsi dello strumentario tecnico degli amministrativisti attraverso la generalizzata utilizzazione dei concetti

(184) G. PACINOTTI, *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni secondo il diritto positivo italiano. Trattato generale teorico-pratico*, Torino, Utet, 1907; cfr. anche G. PACINOTTI, *La scuola italiana di diritto amministrativo* (Prolusione al corso di diritto amministrativo, letta nella Università di Ferrara, 1900/1901), in *Il Filangieri*, XXVI, 1901, pp. 894/907.

(185) G. PACINOTTI, *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 24.

(186) *Ibidem*, p. 25.

(187) *Ibidem*, p. 26.

(188) « Accettato il principio, per me fondamentale, dell'unità del diritto, ne discende necessariamente una conclusione astratta: che, cioè, tutte le supreme e generali norme che fin ad ora si contengono nell'orbita del diritto privato, debbono avere una più grande applicazione e soprassedere a tutto il sistema giuridico che ci governa, qualunque nome esso prenda nelle sistematiche sue distinzioni e qualunque sia la persona o l'interesse della cui giuridica disciplina si tratta » (G. PACINOTTI, *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 38).

cardine di discrezionalità, interesse legittimo, diritto affievolito. Consapevoli di ciò, accontentiamoci del solo spiraglio del dibattito più a contatto con la nostra ricerca e consideriamo il 'ritorno' al tema dell'unità.

Al di là delle dichiarazioni altisonanti, non siamo di fronte ad una rinnovata esigenza di recupero in senso espansivo dei 'general' principi civilistici della responsabilità⁽¹⁸⁹⁾. Assistiamo semplicemente alla difficile ricerca di un nuovo equilibrio tra le oramai raggiunte certezze specialistiche e i principi civilistici affermati come 'indiscutibili'. Il modello dominante è quello sotteso all'intervento di Orlando del 1893. Si rinuncia dichiaratamente ad una responsabilità tratta, per dirla ancora con Rocco, 'dalle viscere del diritto pubblico' e si torna a prospettare l'argomento in stretta connessione con i modelli privatistici. L'affermazione dell'unità dell'istituto di fronte alle peculiarità dell'amministrazione resta, però, un mero orpello argomentativo incapace di arginare la divisione della responsabilità. L'indiscutibilità dell'unità dell'istituto è affermata, spesso declamata, per essere subito dopo negata nello svolgimento del discorso specialistico dell'amministrativista⁽¹⁹⁰⁾.

(189) Per giungere, o, se si preferisce, per 'ritornare', a simili prospettive occorrerà attendere ancora molti anni. Cfr., per tutti, F. SATTÀ, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 1373: «...il problema della responsabilità civile della pubblica amministrazione non può più essere visto secondo lo schema classico, fondandolo cioè sulla contrapposizione di situazioni più o meno intensamente, più o meno direttamente protette dalla legge, per dire che solo in ordine alle prime possono configurarsi ipotesi di danno risarcibile. (...) La realtà è che il danno può scaturire da qualsiasi azione umana; ed il solo vero problema di diritto sta nello stabilire quando il danno provocato dalla pubblica amministrazione presenti i requisiti che le norme generali, e dunque il codice civile, pongono per la sua risarcibilità...».

(190) Esemplare in tal senso la voce *Responsabilità amministrativa* comparsa ne *Il Digesto Italiano* (Vol. XX, 1, 1911-1915, pp. 1299-1347, la voce era redatta da L. FREZZINI): scialbo tentativo di sintesi delle contrastanti esigenze confluenti nella ricostruzione dell'istituto. Lo schema argomentativo è quello di una costellazione di 'ma' e 'però' ruotanti attorno all'affermazione di un concetto di responsabilità che «rimane sempre unico» («come una persona rimane sempre la stessa, pure indossando abiti diversi») (p. 1302): «Ammessa l'unità del diritto, che però può assumere le diverse posizioni di pubblico o di privato (...), noi riconosciamo un fondamentale istituto di responsabilità giuridica, unico, come unico è il diritto, ma ammettiamo che possa praticamente ed utilmente distinguersi in responsabilità di diritto pubblico e in responsabilità di diritto privato...» (p. 1303).

Il ritorno, sia pure ingannevole, all'affermazione dell'unità dell'istituto comporta comunque dei mutamenti di prospettiva ben visibili nella pagine dei nostri amministrativisti. Se infatti la ricerca di un fondamento autonomo della responsabilità della pubblica amministrazione esimeva dalla considerazione ravvicinata delle tesi civilistiche, la riaffermazione della 'unicità' dell'istituto conduce nuovamente verso una valorizzazione del dibattito civilistico. Il fondamento 'autonomo' permetteva di ignorare l'accettabilità della tesi sostenuta — quella 'propria' al solo diritto amministrativo — nel diverso settore privatistico; ora gli amministrativisti devono tornare a prendere posizione sui dibattiti che dividono i civilisti. Lo specialismo disciplinare si afferma nella parte in cui l'amministrativista, presa visione della situazione 'generale' del problema, gli impone le 'necessarie' modificazioni; torna a spostarsi dalla costruzione autonoma dell'istituto, alla fissazione della deroga. Restano pertanto le deroghe, salta l'istanza garantistica che spingeva verso forme di responsabilità sottratte ai rigidi vincoli privatistici.

L'accettazione dell'uno o dell'altro dei modelli civilistici della responsabilità diviene determinante — come lo era nella prospettiva di Orlando — per poter configurare o meno l'estensione della responsabilità della pubblica amministrazione. Superato questo primo filtro, l'autonomia disciplinare resta ancora lì a presidio della indispensabilità di una deroga da porre alla responsabilità individuata come applicabile nei confronti della pubblica amministrazione.

Possiamo considerare come modelli di questa prospettiva due note monografie comparse agli inizi del secondo decennio del secolo: quella di Giovanni Salemi e quella di Adolfo Giaquinto ⁽¹⁹¹⁾.

Salemi muove da una visione rigidamente 'monistica' della

⁽¹⁹¹⁾ G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, Vallardi, 1912; A. GIAQUINTO, *La responsabilità degli enti pubblici*, vol. I, *Teoria generale*, Santa Maria Capua Vetere, Cavotta, 1912 (2. ed., la prima edizione è del 1909).

Adolfo Giaquinto (Potenza 1878 — Roma 1971) nel periodo in cui scrive la sua monografia sulla responsabilità della pubblica amministrazione è giudice al Tribunale di Napoli; negli anni successivi raggiunse la carica di Primo Presidente della Corte d'Appello di Roma e fu Avvocato generale dello Stato (dal luglio del 1938 all'ottobre del 1945).

responsabilità civile: esalta con la necessaria enfasi come solo fondamento della responsabilità la colpa ⁽¹⁹²⁾, critica aspramente le varie teorie oggettivistiche, qualificandole come « non giuridiche »; nega con decisione che un soggetto che agisce in modo conforme al proprio dovere, rispettando le prescrizioni stabilite dalla legge, possa mai arrecare un « danno giuridico » ⁽¹⁹³⁾. I principi civilistici (quelli prescelti, diciamo così, dalla visione civilistica dell'amministrativista) devono essere le necessarie « guide » ⁽¹⁹⁴⁾ per affrontare il tema della responsabilità di fronte ai soggetti di diritto pubblico, essendo il concetto di responsabilità « sempre unico » ⁽¹⁹⁵⁾.

Da tale 'unicità' e da una visione civilistica immune da dubbi interpretativi il nostro autore trae le sue necessarie conseguenze nel campo del diritto pubblico: è assurdo pensare che la ricerca della colpa non sia un elemento indispensabile anche per la responsabilità della pubblica amministrazione ⁽¹⁹⁶⁾; altrettanto assurdo è ritenere che la massima *qui jure suo utitur neminem laedit* non trovi applicazione nel diritto pubblico ⁽¹⁹⁷⁾ oppure immaginare che nell'indennizzo dell'espropriazione per pubblica utilità si nasconda in qualche modo il risarcimento per un'offesa ai diritti dei privati ⁽¹⁹⁸⁾. La conseguenza più rilevante che l'Autore intende trarre da tutto il discorso è la negazione della responsabilità da atti legittimi; ipotesi ricostruttiva che, come sappiamo, aveva attratto giuristi come Vaccelli, Romano, Cammeo. Il rigore della logica esige che le ipotesi delle indennità che possono far seguito all'atto amministrativo legittimo

⁽¹⁹²⁾ G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi*, cit., pp. 54 e ss.. Gli argomenti sono quelli ampiamente utilizzati dai civilisti: affermare il risarcimento del danno anche dove manca la colpa rappresenta « un regresso, un ritorno a tempi assai oscuri », significa « rinnegare i benefici notevoli introdotti dal diritto romano », « significa togliere alle persone la garanzia per lo svolgimento normale dei rapporti giuridici ». Insomma, la colpa resta l'indispensabile elemento « di tutela, di protezione, che allontanando ogni proposito ingiusto rasserena i soggetti e ne delinea con chiarezza la sfera di attività giuridica ». « Senza la colpa, ogni soggetto può vedersi, inaspettatamente, investito da un'azione in responsabilità, esposto a minacce continue » (p. 55).

⁽¹⁹³⁾ G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi*, cit., pp. 58 e ss..

⁽¹⁹⁴⁾ *Ibidem*, p. 64.

⁽¹⁹⁵⁾ *Ibidem*, p. 86.

⁽¹⁹⁶⁾ *Ibidem*, pp. 71 e ss..

⁽¹⁹⁷⁾ *Ibidem*, pp. 95 e ss. e 121.

⁽¹⁹⁸⁾ *ibidem*, pp. 104 e ss..

timo siano collocate fuori dal campo di applicazione della responsabilità. A trionfare anche nel diritto amministrativo deve essere, nel campo della responsabilità, non la logica settoriale di una responsabilità avente principi propri, ma il coerente sviluppo delle linee del sistema comune. Il superamento dell'ipotesi del conflitto dei diritti (e dell'applicazione *'sui generis'* della responsabilità a tutela del diritto violato) sarà data, in realtà, negli anni successivi più che dalla coerente applicazione dell'unitario modello civilistico, dagli sviluppi degli schemi *'derogatori'* dello specialismo amministrativistico (199).

Il tema dell'unità dell'istituto spinge, in questa ipotesi, ad utilizzare *'l'ordine'* civilistico al solo fine di respingere configurazioni dogmatiche amministrativistiche ritenute errate. Ben più ambizioso è invece la ricostruzione della responsabilità degli enti pubblici operata da Adolfo Giaquinto che, in nome di tale unità, tenta una difficile ricomposizione sistematica sia dei lavori della civilistica che di quelli degli amministrativisti.

Giaquinto accetta una visione *'poliedrica'* del fondamento civilistico della responsabilità e vuole che i giuristi riconoscano, in una *« interpretazione progressiva delle leggi »* (200) pari dignità a tutti i diversi fondamenti. Il diritto positivo ha infatti disciplinato in vari modi l'obbligo (extracontrattuale) di risarcimento del danno: attraverso norme che hanno la duplice finalità della *« reintegrazione dell'altrui diritto leso »* e quello della *« repressione dell'illiceità e della colpa »* (articoli 1151; 1152 e 1153 secondo capoverso); oppure, più semplicemente, attraverso disposizioni che, senza alcun riferimento a *« finalità repressive, hanno unicamente avuto di mira*

(199) Cfr. R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., pp. 244/245: « Si è visto che il fondamento positivo della responsabilità degli enti pubblici è il medesimo per la responsabilità dei privati, laonde a base della responsabilità degli enti pubblici, del pari che per la responsabilità dei privati, dovrà stare la violazione di un diritto soggettivo. Orbene (...) una violazione di diritti soggettivi non può derivare da atti legittimi (...). Di fronte ad atti legittimi, nell'ambito della potestà di azione su cui è basata la legittimità dell'atto, i diritti soggettivi spettanti ad un soggetto *affievoliscono* riducendosi ad *interessi* quali erano prima che intervenisse una tutela in loro favore. Perciò un atto legittimo non potrà *violare* diritti soggettivi di altri soggetti, ma semplicemente *ledere interessi* ». Cfr., ancora nello stesso senso, R. ALESSI, *Responsabilità da atti legittimi*, in *Novissimo digesto italiano*, XV, 1957, pp. 625/628.

(200) A. GIAQUINTO, *La responsabilità degli enti pubblici*, cit., pp. 41 e ss.. Nei richiami Giaquinto spazia da Köhler a Cimbali, Vadalà-Papale e Ferrini.

la reintegrazione dell'altrui diritto leso, il mantenimento dell'uguaglianza e della giustizia » (articoli 1153 ultimo capoverso; 1154; 1155; legge sull'espropriazione; legge sugli infortuni) ⁽²⁰¹⁾. Parlare di unità dell'istituto della responsabilità non significa certo affermare che le ultime ipotesi costituiscono un diritto singolare: « ciascuna di queste figure di responsabilità, in quanto poggia sovra principi di ragione e risponde ad esigenze di giustizia, non può riguardarsi qual *jus singulare*, bensì siccome *jus commune*, suscettivo pertanto di tutte quelle interpretazioni estensive ed analogiche rispondenti al principio in esse accolto » ⁽²⁰²⁾.

La pariordinazione dei diversi fondamenti civilistici della responsabilità ha conseguenze rilevanti anche nel settore del diritto pubblico: è utilizzata per sostenere ancora la configurazione unitaria e della responsabilità per i danni cagionati da « atti illeciti » e di quella per i danni prodotti da « atti leciti ». All'obiezione per cui il risarcimento è sempre e solo la conseguenza dell'illiceità si può infatti opporre l'argomento, tratto dalla visione del diritto civile, che tale elemento non risulta appartenere al « complesso di regole comuni », alla « sintesi di concetti » aventi « unità di origine e di finalità » posti alla base della responsabilità ⁽²⁰³⁾. Le regole 'comuni' della responsabilità, gli elementi che permettono di conservarne un concetto unitario sono « nella tutela dell'ordine giuridico, nella reintegra del diritto offeso e nel mantenimento della giustizia ed osservanza dell'equità » ⁽²⁰⁴⁾. Principi molto ampi che permettono, nel campo del diritto pubblico, di far rientrare tra i fondamenti della responsabilità sia l'*Ungerechtigkeit* cui si richiama Mayer, sia la 'giustizia distributiva' cui fa riferimento Vacchelli: concetti che non sono « vaghi ed indeterminati » proprio perché sono riconducibili al complesso comune di principi della responsabilità ⁽²⁰⁵⁾.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. A. GIAQUINTO, *La responsabilità degli enti pubblici*, cit., pp. 59 e ss. e p. 100. La ricostruzione è soprattutto influenzata dalle pagine di Giacomo Venezian e di Ludovico Barassi.

⁽²⁰²⁾ A. GIAQUINTO, *La responsabilità degli enti pubblici*, cit., p. 133; cfr. anche p. 101.

⁽²⁰³⁾ A. GIAQUINTO, *La responsabilità degli enti pubblici*, cit., p. 7.

⁽²⁰⁴⁾ *Ibidem*, p. 6.

⁽²⁰⁵⁾ I caratteri differenziali tra i diversi fondamenti della 'responsabilità da atti leciti' e di quella da 'atti illeciti' risentono poi inevitabilmente delle contrapposizioni

L'unità dell'istituto è l'espressione di una sintesi generalissima di principi fondamentali; al di sotto di essa può anche sopravvivere l'avvenuta frammentazione dell'istituto. Condividendo la preoccupazione di Rocco, Giaquinto può così ribadire l'unicità del concetto di responsabilità e — nella programmatica intitolazione di un capo del lavoro in cui critica le tesi autonomistiche di Romano, Forti, Siciliani ⁽²⁰⁶⁾ — declamare: « la responsabilità non è istituto esclusivamente di diritto privato o di diritto pubblico, bensì unica nella sua concezione essenziale, nel suo fondamento e nella finalità che persegue » ⁽²⁰⁷⁾.

Dopo tale operazione di estensione dei confini del concetto di responsabilità, il discorso viene applicato alle peculiarità della pubblica amministrazione con lo scopo di derivarne i necessari « limiti e caratteri differenziali ». La responsabilità non è 'propria' del diritto amministrativo, ma conserva inevitabilmente in questo settore delle applicazioni particolari: « uno dei più intensi limiti alla responsabilità civile della pubblica amministrazione » sta nella discrezionalità. Nei suoi confronti si deve rinunciare a qualsiasi ipotesi di applicazione di un concetto, sia pur ampio, di responsabilità. La discrezionalità è infatti « limite per la sussistenza del diritto subiettivo »: « entro i confini di siffatta potestà discrezionale il diritto del singolo esula del tutto o in corrispondenza si attenua » e, dunque, « mancando il diritto leso da reintegrare non può concepirsi responsabilità » ⁽²⁰⁸⁾.

Quello di Gianquinto è un sforzo di sistematizzazione di un'unità già perduta; non è certo un coerente sviluppo di un modello civilistico unitario di responsabilità. D'altra parte, il giurista di questi anni ha perso la fiducia, che caratterizzava le ricostruzioni civilistiche di qualche decennio prima, di poter ritrovare negli articoli del Codice 'scritti sulla roccia' la regolamentazione per tutti i casi: « Volere ricercare nella legge positiva un completo ed esauriente regolamento di detto istituto sarebbe opera vana. Occorre invece far

operate dai civilisti riguardo alla responsabilità per colpa e per la responsabilità oggettiva o per rischio. Cfr. *ibidem*, pp. 8 e ss.; 189 e ss..

⁽²⁰⁶⁾ *Ibidem*, pp. 182 e ss..

⁽²⁰⁷⁾ A. GIAQUINTO, *La responsabilità degli enti pubblici*, cit., p. 173.

⁽²⁰⁸⁾ *Ibidem*, pp. 181/182; 340 e ss..

capo a molteplici e svariate fonti: ora, infatti, lo si trova disciplinato parzialmente e per alcune applicazioni specifiche, in una legge o Codice; ora per altre applicazioni in diversa legge, ora invece nel diritto consuetudinario... » (209).

Il diritto 'speciale' dell'amministrazione, la 'particolare' responsabilità dell'amministrazione non rappresentano più — entro un quadro di fonti oramai così frastagliato, entro una visione in cui nessun principio può essere considerato sopraordinato agli altri — un diritto dell'immunità e del privilegio, ma semplicemente una rappresentazione giuridica 'comune', un'espressione come le altre di un'unità del diritto da inventare.

L'unità della responsabilità diviene, se intesa in senso rigido, un manto troppo stretto per coprire realtà estremamente differenziate; oppure — ed è il caso di Giaquinto — si sfilaccia, nel tentativo di coprirle tutte, rendendo sempre più vago ed indeterminato il concetto. Il nostro amministrativista, del resto, appare ben consapevole di ciò; ma non intende rinunciare alla possibilità di una lettura giuridica comunque unitaria dell'istituto. In fondo, se il giurista non può trarre certezze confortanti dal diritto positivo, può sempre acquisirle dall'« indagine storica », guardando a come la responsabilità è riuscita ad adattarsi « alle varie esigenze sociali, nei vari momenti e nelle varie legislazioni » (210). Una certezza dunque resta al giurista: è la 'forza delle cose' che muove l'istituto, la sua unità sta nel collegamento con « la vita reale ». È questo il dato rassicurante cui si può ancora prestare attenzione: « accade che, ove pure leggi incompiute ne limitino lo sviluppo e lo sottopongano ad una disciplina non conforme ai veri bisogni e alle vere esigenze della vita, esso, in tal caso, anziché obbedire alle leggi positive, tende mercé assiduo e concorde lavoro della giurisprudenza, a conformarsi alle imperiose necessità reali, per quell'intima forza delle cose, che è superiore ad ogni potenza di imperfetto legislatore » (211).

L'unità dell'istituto non è più un dato offerto dal diritto positivo, non è più il rassicurante diritto fissato — 'una volta per sempre' — nel Codice, non appartiene più alle certezze di una singola

(209) *Ibidem*, p. 6.

(210) *Ibidem*, p. 3.

(211) *Ibidem*, pp. 2/3.

disciplina, sia pure dal bagaglio culturale illustre: va ricercata dagli operatori del diritto in relazione alle singole certezze affermantisi nei diversi specialismi del giuridico, va letta nella storia di lungo periodo dell'istituto, più che nei puntuali atti di 'potenza di imperfetto legislatore' ⁽²¹²⁾. È un bene che la dottrina e la giurisprudenza devono 'inventare' giorno dopo giorno.

La 'tensione' del giurista verso l'unità resta la sola residua briciola di certezza cui è consentito aspirare nell'avvenuta frammentazione del diritto comune civilistico. Una certezza ben fragile, ma significativa, feconda. In essa si racchiude ancora oggi la 'ribellione' del giurista ad una realtà quotidiana che gli presenta continui rendiconti della perduta unità, dell'avvenuta lacerazione degli istituti. È tale tensione che spinge i giuristi a riscontrare una 'teoria generale' della responsabilità, a prospettare un 'creativo' sistema assiso sui molteplici sistemi; che spinge a cercare di tracciare ancora, forse velleitariamente, linee precise, guide sicure nel groviglio di leggi 'estravaganti', nelle labili sicurezze fornite dalla proliferazione di tanti saperi disciplinari che inseguono la moltiplicazione degli interventi legislativi. È, in fondo, solo tale tensione ricostruttiva che mantiene ancora viva la scienza giuridica.

⁽²¹²⁾ Consapevolezze queste che paiono, nel presente, caratterizzare le pagine della civilistica più attenta, volta non a caso ad osservare in chiave storica le proprie fonti ed il proprio strumentario di analisi. È sufficiente, in tal senso richiamarsi, ad una recente lettura delle relazioni tra « diritto privato generale » e « diritti secondi »: « l'unica via seriamente agibile — si afferma — è quella che scende sul terreno dei singoli settori di disciplina per rilevare i termini in cui codice e leggi particolari interagiscono nel regolare determinati rapporti. Il problema non è allora di gerarchia sostanziale delle fonti, bensì di rapporti tra fonti diverse, in particolare tra Codice civile e leggi speciali, con riguardo ai singoli istituti i quali, proprio per l'affollarsi di discipline il più delle volte sovrapposte l'una all'altra in assenza di un disegno unitario, vengono mutando configurazione senza che di questo sia in grado di avere precisa contezza il legislatore, per quanto paradossale ciò possa apparire ». È in questa situazione che il giurista è costretto a ripensare il « diritto privato generale » nei termini di un possibile « diritto comune », leggendo i dati normativi non solo nei singoli settori 'autonomi' di appartenenza, ma anche entro un'ampia dimensione unitaria. La tensione verso quest'ultima sfera resta ineludibile: non si può più rinunciare infatti ad una lettura volta a « definire l'effettiva identità degli istituti generali che nel codice trovino la loro originaria configurazione, attraverso il richiamo dei reperti normativi qua e là rinvenibili nella galassia delle legislazioni particolari » (C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal Codice*, cit., p. 26).

Oppure, più semplicemente, questa residua certezza è solo il frutto di un'illusione ottica dei giuristi: un'illusione che, nata con la frammentazione del diritto comune civilistico, racchiude in sé o sostituisce l'altra dei giuristi dell'Ottocento. Espressioni come unità del diritto, 'essenza' dell'istituto, sistema, cessarono di avere un significato pregnante con la fine del 'mito' della costituzione privatistica, con la 'divisione' del diritto comune civilistico, con la messa in discussione di quei principi immodificabili che i civilisti ritenevano adattabili ad ogni nuova esigenza sociale. In realtà, la possibilità della lettura unitaria dell'istituto 'moriva' con quella scienza giuridica che tra Otto e Novecento sognò ancora — a più di un secolo dalla Codificazione — di poter vincere coi suoi principi il tempo e di poter resistere, perfino, all'assolutismo della legge.

INDICE DEI NOMI

- ABELLO, Luigi, 260.
ABIGNENTE, Angelo, 496.
ABIGNENTE, Giovanni, 192.
AGNELLI, Arnaldo, 412.
AJELLO, Raffaele, 25.
ALBERTI-JACONA, Antonino, 410.
ALESSI, Renato, 185, 524, 542, 547.
ALIBERTI, Giovanni, 431.
ALPA, Guido, 11, 99, 185, 237.
AMAR, Moise, 176.
ANGIOLINI, Alfredo, 270.
ANZILOTTI, Dionisio, 528-529.
AQUARONE, Alberto, 27.
ARANGIO- RUIZ, Vincenzo, 302.
ARCA, Francesco, 411, 462.
ARNAUD, André-Jean, 29, 71, 478.
ARNDTS, Ludwig, 149.
ASTUTI, Guido, 27.
ATTANASIO, Camillo, 40.
AUBRY, Charles, 41, 82.
AURITI, Francesco, 427, 436, 438, 442-448, 452-454, 468.
AVERARA, Manifesto, 367.
AZZARITI, Gaetano, 499, 508.
- BALANDI, Gian Guido, 451.
BALDI, Guido Maria, 413, 462.
BARASSI, Lodovico, 253, 273-275, 285-286, 294, 297, 312, 353, 378, 382, 384-391, 548.
BARAZZUOLI, Augusto, 425-427, 448-450.
BARCELLONA, Mario, 56.
BARILLARI, Michele, 485.
BARTA, Heinz, 10, 342.
BARTOLINI, Cesare, 186.
BASEVI, Gioacchino, 64.
- BATISTONI-FERRARA, Franco, 201.
BECAGLI, Luigi, 47-50, 52-54, 61.
BELLAVITE, Luigi, 210, 217-218.
BENSA, Paolo Emilio, 26.
BENTHAM, Jeremy, 59, 180.
BERENINI, Agostino, 453-454, 468.
BERTI, Domenico, 156-158, 166-169, 174, 425-427, 431-432.
BERTI, Ferdinando, 427.
BERTRAND de GRUILLE, Joseph, 86-87, 100-101.
BESSONE, Mario, 11, 185, 237.
BETTI, Emilio, 312.
BETREMIEUX, Pierre, 10, 123, 375-376.
BEVILACQUA, Giulio, 410.
BIANCHI, Emilio, 364.
BIANCHINI, Giuseppe, 372, 374.
BISSOLATI, Leonida, 456.
BLUNTSCHLI, Johann Kaspar, 194, 207.
BOCCARDO, Gerolamo, 151.
BÖDIKER, Tonio, 448.
BOLAFFIO, Leone, 243.
BONACCI, Teodorico, 157, 449-450, 452.
BONASI, Adeodato, 136, 186-196, 200, 479, 503.
BONFANTE, Pietro, 302, 403-405.
BONILINI, Giovanni, 357.
BONNECASE, Julien, 25.
BORDA, Carlo, 39, 82, 94, 341.
BORRI, Lorenzo, 458, 465.
BORSARI, Luigi, 29, 61, 80, 82, 93-94, 103, 106, 111-112, 122-123.
BORTOLOTTI, Guido, 413.
BOSELLINI, Augusto, 448.
BRANCA, Giuseppe, 73.
BRANCHI, Tommaso, 46.

- BRECCIA, Umberto, 478.
 BRINI, Giuseppe, 273.
 BRUGI, Biagio, 357, 392, 401-404.
 BRUGNOLI, Giuseppe, 44.
 BRUNETTI, Giovanni, 80, 393-397.
 BRUNI, Enrico, 411.
 BRUNO, Tommaso, 353, 417.
 BRUSCHETTINI, Arnaldo, 459.
 BUGNET, Jean Joseph, 25.
 BUONAMICI, Francesco, 48.
 BURLAMQUI, Jean Jacques, 100.
 BUSNELLI, Francesco Donato, 2, 5, 292.
 BUZI, Luigi, 459.
- CABRINI, Angiolo, 454.
 CACOPARDO, Salvatore, 321.
 CALABRESI, Guido, 4.
 CALLEGARI, Annibale, 64.
 CAMMEO, Federico, 481, 492-493, 515, 519, 524-528, 546.
 CAMPOLONGO, Francesco, 342.
 CANGIANO, Saverio, 44.
 CANNADA-BARTOLI, Eugenio, 528.
 CAPITANT, Henri, 30.
 CAPPELLINI, Paolo, 151, 478.
 CAPRUZZI, Giuseppe, 452.
 CARADONNA, Pietro, 401.
 CARAVALE, Mario, 221.
 CARBONNIER, Jean, 29.
 CARNELUTTI, Francesco, 116, 312, 399-400, 403, 405, 413-416, 461, 464, 466-469.
 CARRARA, Francesco, 337-338.
 CARROZZI, Giuseppe, 64.
 CASSESE, Sabino, 135, 187, 473, 499.
 CASSINIS, Giovanni Battista, 37.
 CASTORI, Costantino, 367.
 CASTRONOVO, Carlo, 4, 6, 415, 451, 551.
 CATTANEO, Mario A., 25.
 CATTANEO, Vincenzo, 39, 82, 94, 341.
 CAUTELA, Amilcare, 367.
 CAVAGNARI, Camillo, 269-270, 331-337, 340, 342-343, 378, 461.
 CAVO, Enrico, 170, 172.
 CAZZETTA, Giovanni, 154, 157, 159, 418.
- CERULLI-IRELLI, Vincenzo, 516.
 CESAREO CONSOLO, Francesco, 133.
 CESAREO CONSOLO, Giovanni, 61, 133, 254, 313, 330, 338, 356, 358, 368, 395, 398, 492, 495.
 CHAPUS, René, 135.
 CHERUBINI, Arnaldo, 458.
 CHIMIRRI, Bruno, 168-169, 174, 354, 424-427, 431-437, 439, 441-453, 456-457, 459.
 CHIRONI, Gian Pietro, 18, 43, 92, 98, 114, 139, 150, 152, 154, 172, 177, 179, 185, 192, 198, 221-267, 270-271, 274, 281, 298-299, 301-303, 305, 307-308, 310, 312-313, 316-320, 323, 326, 330, 334-335, 339, 352, 358, 366-367, 390, 398-399, 401, 406, 418, 473-474, 481, 501-502, 516-519, 525, 540.
 CIAN, Giorgio, 2.
 CIANFEROTTI, Giulio, 185, 499.
 CIMBALI, Enrico, 148, 150, 153, 223, 268, 362, 364-365, 547.
 COCITO, Francesco, 413.
 COGLIOLO, Pietro, 98, 102, 150, 152, 223, 268, 295, 311-312, 320-326, 329-330, 334, 338, 342, 405.
 COHEN-TANUGI, Laurent, 478.
 COLUCCIA, Anna, 458.
 CONTI, Laura, 455.
 CORRADINI, Domenico, 240, 311, 315.
 COSTA, Andrea, 453.
 COSTA, Pietro, 1, 185, 480, 485, 491, 499.
 COVIELLO, Leonardo, 399.
 COVIELLO, Nicola, 377-381, 399.
 CRISPI, Francesco, 449.
 CUTURI, Torquato, 151.
- D'AGUANNO, Giuseppe, 223.
 D'ALBERTI, Marco, 205, 472.
 DARWIN, Charles, 150.
 DE ANGELI, Ernesto, 448.
 DE CUPIS, Adriano, 406, 462.
 DE FALCO, Giovanni, 209.
 DE FILIPPIS, Francesco, 42.
 DE GIOANNIS GIANQUINTO, Giovanni, 133, 185, 188-190, 193, 196, 200.

- DEJACE, Charles, 448.
 DEL GIUDICE, Pasquale, 47, 302.
 DEL ROSSO, Federigo, 47-54, 61, 72.
 DEL VECCHIO, Giorgio, 154.
 DELVINCOURT, Claude-Étienne, 39, 45.
 DELVITTO, Giuseppe, 39, 82, 106, 113, 122, 138.
 DEMOLOMBE, Charles, 80, 101, 149.
 D'ETTORE, Giuseppe, 44.
 DE VITA, Anna, 4.
 DICEY, Albert Venn, 187.
 DI RUDINI (vedi Rudini)
 DI SAN GIULIANO (vedi San Giuliano)
 DISCAILLES, Ernest, 176.
 DIURNI, Giovanni, 27.
 DOMAT, Jean, 99-100.
 DOVERI, Alessandro, 41.
 DUGUIT, Léon, 294.
 DURANTON, Alexandre, 41, 45.
 DUSI, Bartolomeo, 225, 266, 281.

 ELLERO, Pietro, 447.
 ESMEIN, Paul, 30.
 ESSER, Josef, 10, 416.
 EWALD, François, 71, 445.

 FABBRINI, Fabrizio, 320.
 FABRIS, Riccardo, 444.
 FADDA, Carlo, 194, 311-312, 314-316, 320, 365.
 FAGGELLA, Gabriele, 519.
 FERDINANDO III (Granduca di Toscana), 46.
 FERRARI, Luigi, 157, 169.
 FERRARIS, Carlo Francesco, 417-418, 421-424, 432-434, 448, 450.
 FERRAROTTI, Teonesto, 39, 82, 106, 122.
 FERRI, Enrico, 268-270, 275-280, 332-333, 379, 451, 453.
 FERRIANI, Lino, 366-367.
 FERRINI, Contardo, 47, 92, 98, 102, 228, 229, 255, 270, 285, 293, 302-312, 320, 334, 337-338, 405, 547.
 FIERLI, Gregorio, 46, 54.

 FILOMUSI GUELFI, Francesco, 153-154, 266, 269, 364.
 FIORAVANTI, Maurizio, 185, 472, 499.
 FIORETTI, Giulio, 280, 353.
 FLEINER, Fritz, 472.
 FLEMING, John G., 271.
 FLOUR, Yvonne, 30.
 FORTI, Francesco, 46-47, 50.
 FORTI, Ugo, 474, 481, 493, 515, 519, 521, 524, 527, 549.
 FOSCHINI, Gaetano, 37, 39, 88.
 FREZZINI, Luigi, 544.
 FURGIUELE, Giovanni, 323.
 FUSINATO, Guido, 417-421, 424, 451.

 GABBA, Bassano, 410.
 GABBA, Carlo Francesco, 137, 185, 194-196, 208-217, 219, 345, 354-357, 359-361, 363-365, 367, 370-374, 399, 402, 503.
 GAETA, Lorenzo, 171, 353, 417.
 GALDI, Domenicantonio, 44.
 GALEOTTI, Leopoldo, 46.
 GALGANO, Francesco, 4.
 GALIZIA, Mario, 499.
 GALOPPINI, Annamaria, 95.
 GAROFALO, Raffaele, 280.
 GASCA, Cesare Luigi, 161-163.
 GATTI, Luigi, 367, 369.
 GENY, François, 10.
 GHISALBERTI, Carlo, 26-27.
 GIACOBONE, Ambrogio, 365-367.
 GIANOLIO, Bartolomeo, 427, 463.
 GIANQUINTO (vedi De Gioannis Gianquinto)
 GIANTURCO, Emanuele, 149, 320, 369.
 GIANZANA, Sebastiano, 29, 320.
 GIAQUINTO, Adolfo, 523, 527, 542, 546-551.
 GIERKE, Otto von, 311, 314, 388, 416, 483.
 GIOIA, Melchiorre, 16, 55-62, 72, 356, 361.
 GIOLITTI, Giovanni, 448.
 GIORDANO, G., 401.
 GIORGI, Giorgio, 40, 42, 61, 78, 82, 92,

- 95-96, 106, 110, 119, 124-126, 136, 162, 185, 193-194, 202, 254-255, 270, 305, 307, 312, 320, 341, 344, 346, 348, 356, 358, 479.
- GIORGI, Tito, 460.
- GIORGIANNI, Michele, 4, 478.
- GIOVAGNOLI, Raffaello, 156.
- GIRARD, Auguste, 176.
- GIRETTI, Edoardo, 450.
- GITTER, Wolfgang, 416.
- GIULIANI, G., 344.
- GLASSON, Ernest, 183.
- GLÜCK, Christian Friedrich von, 255, 286.
- GOZZI, Gustavo, 430.
- GRIMALDI, Bernardino, 169, 426-427.
- GROSSI, Paolo, 1, 27, 31, 47, 105, 147-149, 151, 154, 215, 217, 221, 224, 266-267, 318, 331, 356, 526.
- GROZIO, Ugo, 50.
- GUAISTINI, Riccardo, 395.
- GUICCIARDINI, Francesco, 424, 426-427, 442, 450.
- HASSE, Johann Christian, 47, 229, 237, 310, 318.
- HAURIOU, Maurice, 10, 478.
- HEINECCIUS, Johann Gottlieb, 308.
- HEYEN, Erk Volkmar, 472, 480.
- HUBER, Ernst Rudolf, 428.
- HUEBER, Alfons, 472.
- IRTI, Natalino, 4.
- JANNACCONE, Pasquale, 176.
- JESERICH, Kurt G.A., 472.
- JHERING, Rudolf von, 10, 281, 286, 291, 305, 360, 386.
- JOCTEAU, Gian Carlo, 430.
- JOHNSON, Riccardo, 146.
- JOSSERAND, Louis, 123.
- KANTOROWICZ, Hermann, 324.
- KELSEN, Hans, 496.
- KÖHLER, Josef, 547.
- KULISCIOFF, Anna, 454.
- LABAND, Paul, 428.
- LABBÉ, Joseph-Émile, 178.
- LACAVA, Pietro, 425, 427, 444, 448.
- LACCHÉ, Luigi, 531.
- LAFERRIÈRE, Édouard-Louis Julien, 135-137.
- LAI, Enrico, 42, 76-77, 82-86, 106-107, 115, 126-129, 147, 152, 395.
- LAMPERTICO, Fedele, 427, 450.
- LANDUCCI, Lando, 225.
- LAROMBIÈRE, Léobon-Valery-Léon-Jupile, 39, 82, 123, 135, 190, 194.
- LAURENT, François, 39, 82, 96, 100-102, 117-119, 126, 133-135, 149, 206-207, 209, 256, 291, 305, 356, 358-359, 367, 478-479.
- LEFEBVRE, A.F., 178.
- LEICHT, Pier Silverio, 59.
- LESSONA, Carlo, 342-343.
- LEWIS, William, 428.
- LIBERATI, Gianfranco, 323.
- LIBERATORE, Pasquale, 44.
- LOCRÈ, Baron Jean-Guillaume, 45, 80, 87-88.
- LÖHR, Egid von, 47.
- LOMONACO, Giovanni, 42.
- LONGO, Antonio, 484, 542.
- LÖNING, Edgar, 210-211.
- LOZZI, Carlo, 358-359.
- LUZZATTI, Luigi, 166-167, 425.
- LUZZATTO, Riccardo, 452.
- MAGALDI, Vincenzo, 463.
- MAINE, Henry Sumner, 269.
- MAIORCA, Carlo, 284, 313.
- MAIRONI, Federico, 455.
- MAJELLO, Ugo, 318.
- MAJORANA, Angelo, 542.
- MALATESTA, Alberto, 336.
- MALEVILLE, Jacques de, 45.
- MANARESI, Antonio, 368.
- MANCINI Pasquale Stanislao, 204.
- MANNORI, Luca, 473.
- MANTEGAZZA, Paolo, 366.
- MANTELLINI, Giuseppe, 136-137, 185,

- 201-211, 214-215, 217, 248, 476, 479,
490, 496, 501, 503, 514.
- MARCADÉ, Victor-Napoléon, 41-42, 82,
149.
- MARCHI, Antonio, 360.
- MARTINA, Gian Domenico, 288.
- MARTONE, Luciano, 378.
- MARZUOLI, Carlo, 530.
- MASSARANI, Tullio, 436.
- MASSERA, Alberto, 499.
- MASSETTO, Gian Paolo, 52, 54, 59.
- MATAJA, Victor, 378.
- MATTEI, Jacopo, 64, 66, 114, 118.
- MAYER, Otto, 428, 472, 480, 482, 516,
517, 542-543, 548.
- MAZEAUD, Henry, 10, 30, 69, 270, 362.
- MAZEAUD, Léon, 10, 30, 69, 270, 362.
- MAZZIOTTI, Matteo, 170.
- MAZZOLA, Ugo, 173.
- MECACCI, Ferdinando, 201, 204.
- MELEDANDRI, Giuseppe, 44.
- MELUCCI, Pasquale, 151.
- MENGER, Anton, 311-314.
- MENZEL, Adolf, 428.
- MERKEL, Adolf, 540.
- MERKEL, Rudolf, 540.
- MESSEDAGLIA, Angelo, 436.
- MEUCCI, Lorenzo, 133, 185, 192, 196-201,
205-206, 210, 212, 219, 247, 501-502,
543.
- MICELI, Luigi Alfonso, 425, 427, 433.
- MIELE, Giovanni, 526.
- MIGLIETTI, Vincenzo, 37.
- MINGHETTI, Marco, 166-167, 173, 425-
426.
- MINOZZI, Alfredo, 342, 358-359, 398.
- MODESTINO, 445.
- MONATERI, Pier Giuseppe, 401.
- MONTELEONE, Giulio, 430.
- MORTARA, Lodovico, 125, 360, 528.
- MOSCA, Tommaso, 312, 335-340, 367.
- MOTTOLA, Domenico, 189.
- MOZZARELLI, Cesare, 481.
- MÜLLER-ERZBACH, Rudolf, 211.
- NADAUD, Martin, 177.
- NANI, Cesare, 159-162.
- NAPOLI, Maria Teresa, 45.
- NESPOR, Stefano, 481.
- NICODEMI, Nicola, 44.
- NICOLÒ, Rosario, 478.
- NICOTERA, Giovanni, 204.
- NIGRO, Mario, 516.
- NITTI, Francesco Saverio, 448.
- NOCITO, Pietro, 450, 452.
- OGOREK, Regina, 10, 211, 237.
- ORLANDO, Vittorio Emanuele, 133, 185,
321, 328-329, 332-333, 370, 411, 483,
489, 498-514, 516-517, 524, 543-545.
- ORSI BATTAGLINI, Andrea, 475.
- OSTI, Giuseppe, 273.
- OTTOLENGHI, Emanuele, 161, 163.
- PACCHIONI, Giovanni, 283, 312, 320, 357-
358, 362-363, 387, 401.
- PACIFICI MAZZONI, Emidio, 39-41, 120.
- PACINOTTI, Giovanni, 543.
- PAMPURI, Cesare, 172.
- PANTALEONI, Maffeo, 445.
- PAOLO, 445, 466.
- PAPA, Emilio R., 149,
- PARENZO, Cesare, 440-441.
- PASCALE, Emilio, 436.
- PASINI, Mirella, 56.
- PASOLINI, Pier Desiderio, 157.
- PASQUALI, Ernesto, 427, 444, 449.
- PATERI, Giovanni, 413.
- PEPERE, Francesco, 398.
- PERICOLI, Pietro, 166-167, 425.
- PERNICE, Alfred, 287, 310.
- PERRERA, Domenico, 341.
- PESCATORE, Matteo, 34-36.
- PESSINA, Enrico, 320.
- PICARDI, Vincenzo, 169.
- PIETRO LEOPOLDO (Granduca di Toscana),
54, 202.
- PIGA, Franco, 4.
- PIOLA, Giuseppe, 345.
- PIPIA, Umberto, 353.

- PISANELLI, Giuseppe, 29.
 PITOCCHI, S.G., 350.
 PIVA, Italo, 455.
 PLANIOL, Marcel, 293, 375, 399.
 POHL, Hans, 472.
 POLACCO, Vittorio, 154, 218, 226, 266,
 275, 312, 314, 318-319, 399-401, 403.
 PORRO, Eliseo Antonio, 176, 194.
 POTHIER, Robert Joseph, 29, 41.
 POZZOLINI, Alfredo, 459.
 PRANZATARO, Umberto, 255, 286.
 PRECERUTTI, Enrico, 4, 41, 44-45.
 PRESUTTI, Errico, 492-493, 528.
 PRINETTI, Giulio, 170.
 PROUDHON, Jean-Baptiste-Victore, 25, 41,
 45, 81, 102-105, 107, 110, 118.
 PUCHTA, Georg Friedrich, 309.
 PUGLIATTI, Salvatore, 399.
 PUGLIESE, Giuseppe Alberto, 268.

 QUARTA, Oronzo, 460, 464.

 RAGGI, Luigi, 542.
 RAGIONIERI, Ernesto, 146.
 RAIMONDI, Antonio, 194.
 RAMERI, Silvio, 413.
 RAMPONI, Lamberto, 305.
 RANELLETTI, Oreste, 481, 493, 515, 517-
 521, 526, 527.
 RANIERI, Filippo, 45.
 RATTO, Lorenzo, 461.
 RAU, Charles-Frédéric, 41, 82.
 REALE, Agostino, 61.
 REBUFFA, Giorgio, 185, 196, 203, 472, 499-
 500.
 RETORTILLO, Sebastian M., 478.
 RHEINSTEIN, Max, 271.
 RICCA-BARBERIS, Mario, 337, 379.
 RICCA-SALERNO, Giuseppe, 174.
 RICCARDI, Paolo, 275.
 RICCI, Francesco, 42, 90, 92-94, 106, 117,
 119, 124, 138.
 RICCI, Raffaello, 431.
 RIPERT, Georges, 10, 77, 293.
 RISSETTI, Giuseppe, 354-355.

 ROCCO, Alfredo, 26.
 ROCCO, Arturo, 137, 515, 531-541, 549.
 RODDI, Giuseppe, 34.
 RODOTÀ, Stefano, 2, 11, 145, 237-238, 267,
 343.
 ROMAGNOSI, Gian Domenico, 55.
 ROMANELLI, Raffaele, 146.
 ROMANO, Santi, 473, 481, 489, 493, 515,
 519-524, 526-527, 529, 536-539, 540,
 546, 549.
 ROSIN, Heinrich, 428.
 ROSMINI-SERBATI, Antonio, 61.
 ROSSI, Alessandro, 450.
 ROSSI-MILANO, Giuseppe, 452.
 ROTONDI, Giovanni, 40, 45, 52, 312.
 ROUGIER, Carlo, 341.
 RUDINI, Antonio Sarabba di, 426, 435,
 450.
 RUDORFF, Adolf Friedrich, 309.
 RÜMELIN, Gustav, 337.
 RÜMELIN, Max, 384.

 SACHET, Adrien, 413.
 SAINCTELETTE, Charles Xavier, 176, 178-
 184, 219, 353, 461.
 SALANDRA, Antonio, 174.
 SALEILLES, Raymond, 353, 375-376, 378,
 391.
 SALEMI, Giovanni, 545-546.
 SALPACE, Emilio, 445.
 SALVATORE, Alfredo, 412.
 SALVI, Cesare, 2-3, 123, 238, 345, 398,
 403.
 SALVIOLI, Giuseppe, 364-365.
 SAN GIULIANO, Antonino Paternò-Castello
 di, 442.
 SANTILLI, Marina, 476.
 SANTORO-PASSARELLI, Francesco, 4.
 SAREDO, Giuseppe, 185, 188, 206, 211,
 248, 345-346, 503.
 SARFATTI, Mario, 271.
 SATTÀ, Filippo, 185, 524, 544.
 SAUZET, Marc, 176-178, 353, 461.
 SAVATIER, René, 2, 30, 123, 143, 261, 293.

- SAVIGNY, Friedrich-Karl von, 26, 33, 35,
 47-48, 147, 283-285, 467.
 SBRICCOLI, Mario, 268.
 SCALAMANDRÈ, Girolamo, 57, 70-72, 113,
 116, 121.
 SCALDAFERRI, Romilda, 430.
 SCALFI, Gianguido, 292.
 SCARDIA, Marcello, 430.
 SCHÄFFLE, Albert, 151.
 SCHIAVONE, Aldo, 33, 268.
 SCHIPANI, Sandro, 287.
 SCHLESINGER, Piero, 4.
 SCHUPFER, Francesco, 158, 171-172, 317,
 418.
 SCIALOJA, Vittorio, 124, 283, 302, 315,
 320, 345.
 SCOGNAMIGLIO, Renato, 2, 9, 227, 246,
 401.
 SCOLARI, Saverio, 192, 503.
 SELLIN, Volker, 430.
 SERAFINI, Enrico, 33.
 SERAFINI, Filippo, 32-34; 149, 161-162,
 320, 324, 457.
 SICILLANI, Torquato, 519, 523, 528, 549.
 SIMON, Dieter, 1.
 SIMONCELLI, Vincenzo, 225, 316, 318-319.
 SINIGAGLIA, Moise, 170, 172.
 SOFIA, Francesca, 56.
 SOLARI, Giole, 410.
 SONNINO, Giorgio Sidney, 166-167, 425,
 452.
 SORDI, Bernardo, 196, 472, 475, 499, 562.
 SORGE-VADALÀ, G., 345.
 SOSSI, Gino, 413.
 SOURDAT, Auguste-J.B., 39-40, 54, 79-80,
 93, 105, 107-108, 111, 120, 122, 207,
 212, 256, 394.
 SOURDAT, Luis, 40.
 SPENCER, Herbert, 269.
 SPIRITO, Pietro, 186.
 SRAFFA, Angelo, 320.
 STARCK, Boris, 292.
 STEIN, Lorenz von, 481.
 STOLLEIS, Michael, 472.
 TALAMANCA, Mario, 317.
 TARELLO, Giovanni, 25-26; 45, 312.
 TARRIBLE, Jean-Dominique-Léonard, 87-
 88.
 TARTUFARI, Assuero, 153.
 TARTUFARI, Luigi, 320.
 TRANCHINA, Giovanni, 531.
 TREILHARD, Jean-Baptiste, 80.
 TRIMARCHI, Pietro, 2, 95, 115.
 TOLSTOJ, Lev Nicolaevic, 22.
 TORELLI, Giovanbattista, 44.
 TOULLIER, Charles-Bonaventure-Marie,
 41, 45, 53-55, 57, 78-81, 87, 99-100,
 126, 149, 256, 297.
 TUNC, André, 3, 5, 10, 69, 270, 362.
 UGO, Giovanni Battista, 187-188.
 ULPIANO, 445.
 UMANA, Pasquale, 156.
 UMLAUF, Joachim, 428.
 UNGARI, Paolo, 149-150.
 UNGER, Joseph, 68, 149, 378-379.
 UNRUH, Georg Christoph von, 472.
 VACCA, Giuseppe, 29.
 VACCHELLI, Giovanni, 131, 480-498, 500,
 505-508, 510-511, 514, 516, 522, 525,
 527, 535, 542, 546, 548.
 VACCHELLI, Pietro, 427.
 VADALA-PAPALE, Giuseppe, 148, 150, 223,
 547.
 VALORI, Berto, 413.
 VANGEROW, Karl Adolph von, 281, 286.
 VANNI, Icilio, 364-365.
 VARANO, Vincenzo, 4.
 VASSALLI, Filippo, 221, 223, 225, 397.
 VEDANI, Arturo, 194.
 VENEZIAN, Giacomo, 18, 95, 98, 110, 139,
 149, 152, 211, 225, 237, 240, 265-304,
 307, 320, 326, 330, 332, 335, 376, 378,
 386, 388, 418, 473, 491, 548.
 VIDARI, Ercole, 161-164, 227, 437-438,
 461.
 VIGNALI, Giovanni, 57, 70-72, 113, 116,
 121.
 VIGORITI, Vincenzo, 4.

- VILLARI, Pasquale, 166-167, 425, 452, 457-458, 469.
VINEY, Geneviève, 3.
VIRGILI, Filippo, 445.
VISINTINI, Giovanna, 2, 312.
VITELLESCHI-NOBILI, Francesco, 427, 433.
VITTA, Cino, 542.
VIVANTE, Cesare, 172, 235, 321, 326, 401.
VOLTERRA, Edoardo, 73.
- WAGNER, Adolf, 174.
WHITE, G.Edward, 271.
- WIEACKER, Franz, 323.
WINDSCHEID, Bernhard, 316, 360.
WINIWARTER, Joseph, 64, 66-67.
WORMS, Fernand, 178.
- ZACHARIAE von Lingenthal, Karl Salomon, 40, 82.
ZANARDELLI, Giuseppe, 425.
ZANOBINI, Guido, 473.
ZEILLER, Franz von, 62-66.
ZOLA, Emile, 366.

INDICE-SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	1
-------------------------------	---

Parte prima

LA RESPONSABILITÀ AQUILIANA NEL MODELLO DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO

CAPITOLO PRIMO

I GIURISTI E I CINQUE ARTICOLI « ÉCRITS SUR LE ROC »

1. Principi di diritto comune e Codice.	25
2. « Delitti e quasi delitti »: il modello del <i>Code civil</i> e la sua 'recezione' in Italia.	36
3. Al di là del <i>Code civil</i>	44
3.1. Uno sguardo al tardo diritto comune toscano.	46
3.2. La voce isolata di Melchiorre Gioia.	55
3.3. L'ambiguo modello dell'ABGB.	62

CAPITOLO SECONDO

LE REGOLE DELL'EQUILIBRIO: *CULPA*.

1. Premessa (l'equilibrio proprietario).	69
2. Il rigore del sistema: responsabilità per colpa.	76
3. La « catena dei sofismi »	89
4. <i>Culpa levissima</i> e fragilità umana.	97

CAPITOLO TERZO

LE REGOLE DELL'EQUILIBRIO: *INIURIA*

1. Tra 'clausola generale' di responsabilità e tipicità.	109
2. <i>Qui iure suo utitur neminem laedit</i>	120
3. Una responsabilità per lo Stato.	130

Parte seconda

**LA RESPONSABILITÀ CIVILE TRA SISTEMA
E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE**

CAPITOLO QUARTO

I SEGNI DEL MUTAMENTO

1.	Premessa.	143
2.	Diritto sociale e rivolta contro l'esegesi.	146
3.	Tra diritto comune e leggi speciali.	155
4.	Metamorfosi della responsabilità civile tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta.	164
4.1.	Responsabilità aquiliana ed inversione dell'onere della prova. . .	166
4.2.	Sainctelette e la <i>garantie</i>	175
4.3.	Responsabilità civile ed amministrazione.	184
4.4.	« Dogmatica erariale »: Gabba contro Mantellini, « civilisti » contro « regalisti »	201

CAPITOLO QUINTO

GIAN PIETRO CHIRONI E IL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO

1.	Un sistema per la colpa.	221
2.	<i>Culpa levissima</i> ed infortuni sul lavoro.	230
3.	Il modello della rappresentanza: responsabilità per fatto altrui e responsabilità dello Stato.	243
4.	« Responsabilità vera » e « garanzia »	254

CAPITOLO SESTO

GIACOMO VENEZIAN: IL TORTO
COME REALTÀ OGGETTIVA SOCIALE

1.	L'autore e l'opera: <i>Danno e risarcimento fuori dei contratti</i>	265
2.	Una 'sanzione' per ogni torto: per una trasposizione civilistica dei modelli della scuola positiva.	275
3.	Responsabilità del patrimonio.	294

CAPITOLO SETTIMO

COLPA AQUILIANA E BUON PADRE DI FAMIGLIA.

1.	« Vincere il sentimento »: per un « grado unico » di diligenza.	301
2.	« Buoni cittadini... ma dopo tutto uomini »: il modello del <i>pater familias</i>	311
3.	Tra sistema ed esigenze pratiche	320

CAPITOLO OTTAVO
DI FRONTE ALL'INGIUSTIZIA DEL CASO CONCRETO:
LE SCELTE DEI GIUDICI

1.	Le incertezze della giurisprudenza.	327
2.	Incidenti ferroviari e <i>culpa in re ipsa</i>	340
3.	Schermaglie infortunistiche.	351
4.	Un cenno al danno morale.	356
5.	Danno da seduzione.	362
6.	« Diritto positivo » e « scienza del diritto civile razionale ».	370

CAPITOLO NONO
VERSO IL NUOVO SECOLO: LINEE DI TENDENZA

1.	Dalla « subordinazione » alla « coordinazione »: la prolusione di Nicola Coviello.	377
2.	« Un sistema parallelo di responsabilità »: i contributi del giovane Barassi	382
3.	Il « Delitto civile » di Brunetti.	393
4.	Elasticità del modello e tendenze centrifughe.	397
	4.1. Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana	399
	4.2. Il « giusto mezzo »: ancora sulla <i>culpa levissima</i>	403

Parte terza
L'UNITÀ PERDUTA

CAPITOLO DECIMO
DALLA « RESPONSABILITÀ ESASPERATA » ALL'ASSICURAZIONE

1.	Il rischio professionale come dottrina extracivilistica	409
2.	La nascita del modello transattivo: responsabilità ed assicurazione obbligatoria nella legge sugli infortuni del 1898	425
3.	Responsabilità e « criterio di utilità sociale »: la legge del 1898 e l'interprete.	458

CAPITOLO UNDICESIMO
« FUORI DELLA CERCHIA DEL DIRITTO COMUNE »:
PER UNA RESPONSABILITÀ AUTONOMA
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1.	Premessa	471
2.	Una « concezione poligenetica del diritto comune ».	476
3.	Orlando e l'unità dei principi	498
4.	« Responsabilità di diritto pubblico della pubblica amministrazione ».	514
5.	La sistematizzazione dell'unità perduta	531
	<i>Indice dei nomi</i>	553



UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987), - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO

Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972

Atti, a cura di Paolo Grossi

(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS

Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna

(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO

Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico

Vol. I: Da Hobbes a Bentham

(1974), 8°, p. XIII-414

- 4 Mario Sbriccoli, **ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO**
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « **UN ALTRO MODO DI POSSEDERE** »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, **STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, **GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO**
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, **I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE**
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 La « **CULTURA** » **DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. 396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(in corso di stampa)
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(in corso di stampa)
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(in corso di stampa)
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564