



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
"TOR VERGATA"**

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SISTEMA
GIURIDICO-ROMANISTICO: UNIFICAZIONE DEL DIRITTO E
DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE

XXII CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

RESPONSABILITÀ PER FATTO ALTRUI

—Osservazione dal sistema della responsabilità extracontrattuale

HAIYANG DOU

A.A. 2009/2010

Docente Guida/Tutor: Prof. Sandro Schipani

Coordinatore: Prof. Sandro Schipani

INDICE

INTRODUZIONE

1. Le questioni	1
2. L'oggetto della ricerca	2
A. Prima individuazione sintetica dell'oggetto della ricerca	
B. La scelta della designazione dell'oggetto di ricerca	
3. L'obiettivo della ricerca	5

PARTE I

LE RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALI PER FATTO

ALTRUI NEL DIRITTO ROMANO

CAPITOLO I Le fattispecie della responsabilità per fatto altrui

1. La fattispecie della responsabilità per fatto altrui (I): la responsabilità del <i>paterfamilias</i>	9
A. Premessa	9
B. L'evoluzione dell' <i>actio noxalis adversus paterfamilias</i>	9
C. In base all' <i>actio noxalis adversus paterfamilias</i> i padri di famiglia e i padroni hanno la responsabilità oggettiva per il delitto dei figli o dei servi; essa si fonda sul rapporto potestativo tra <i>paterfamilias</i> e persone che sono nella sua potestà.	11
a) I soggetti della responsabilità del <i>paterfamilias</i>	
b) La potestà patria (o dominica) è il fondamento della responsabilità del <i>paterfamilias</i> .	
c) La <i>culpa</i> nella responsabilità del <i>paterfamilias</i>	
D. L' <i>actio noxalis adversus paterfamilias</i> è l'origine della responsabilità dei genitori nel diritto civile.	17
2. La fattispecie della responsabilità per fatto altrui (II): la responsabilità per il danno cagionato dagli incapaci di intendere o di volere	18

3. La fattispecie della responsabilità per fatto altrui (III): la responsabilità dei <i>nautae, caupones, stabularii</i>	20
A. Premessa	20
a) La trattazione delle azioni negli scritti dei giuristi classici	
b) La trattazione delle azioni nei codici di Giustiniano	
B. L'individuazione delle <i>actiones in factum adversus nautas caupones stabularios</i> : le azioni in questione erano quelle pretorie, con le quali gli armatori, i locandieri e i titolari della stazione di cambio degli animali erano tenuti verso le vittime sempre che il furto o il danno fosse stato commesso dai loro preposti.	22
a) L' <i>actio furti adversus nautas caupones stabularios</i>	
b) L' <i>actio damni adversus nautas caupones stabularios</i>	
c) Riepilogo	
C. Le individuazioni dei responsabili e degli autori del fatto sono compiute sulla base delle posizioni che si occupano.	30
D. La responsabilità in esame si basa sul rapporto di preposizione tra il responsabile e l'autore del fatto.	32
a) L'interpretazione nel diritto classico: <i>suo periculo adhibuerit</i>	
b) Nel diritto giustiniano, l' <i>exercitor</i> è tenuto alla responsabilità del danno cagionato dal dipendente in base all' <i>aliquatenus culpa</i> , con cui si intende come la <i>culpa in habendo</i> .	
(I) La <i>culpa in eligendo</i>	
(II) La <i>culpa in habendo</i>	
c) Riepilogo: nel corso dell'intera esperienza giuridica romana, basandosi sui criteri oggettivi, la responsabilità dei <i>nautas caupones stabularii</i> per i delitti dei dipendenti è sempre quella oggettiva.	
E. L'affievolimento delle caratteristiche penali delle <i>actiones in factum adversus nautas caupones stabularios</i> : le nostre azioni sono più concentrate sul risarcimento del danno della vittima, piuttosto che alla punizione per la colpa (o dolo) del responsabile.	42
a) La nossalità	
b) La cumulatività	
c) L'intrasmissibilità passiva	
4. Le fattispecie vicine alla responsabilità per fatto altrui	48
A. Le <i>actiones de pauperie e de pastu pecorum</i>	48

B. L' <i>actio de deiectis vel effusis</i>	49
C. L' <i>actio de positis vel suspensis</i>	52
D. <i>Cautio damni infect</i>	52
E. Riepilogo	53
5. La separazione tra il concorso di persone nel reato e la responsabilità per fatto altrui	54

CAPITOLO II Le responsabilità per fatto altrui nel sistema della responsabilità extracontrattuale

1. Il sistema romano della responsabilità extracontrattuale: il principio generale scaturito dalla legge Aquilia e la serie di fattispecie tipiche nelle quali tale principio è derogato, usando invece altri criteri in base ai quali un soggetto, anche senza sua colpa o fatto, è tenuto al pagamento di una sanzione pecuniaria connessa al danno accaduto, che integrano il principio stesso con il criterio della tipicità nel riconoscere circostanze nelle quali il danno deve comunque essere risarcito.	56
A. La <i>Lex Aquilia</i> e il principio della colpa	56
B. Le fattispecie speciali fuori dell' ambito del principio della colpa	58
C. Il sistema della responsabilità extracontrattuale	59
2. Nel sistema della responsabilità extracontrattuale, la responsabilità per fatto altrui, basandosi sul rapporto speciale tra il responsabile e l' autore del fatto, svolge un ruolo di eccezione rispetto al principio generale della colpa.	60
3. Riepilogo	61

PARTE II

LE RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALI PER FATTO ALTRUI NEI CODICI CIVILI DEL SISTEMA ROMANISTICO

--Trattazione focalizzata sui codici civili italiani

CAPITOLO III Le responsabilità per fatto altrui nel Codice civile italiano del 1865

1. Premessa: cenni sulla responsabilità per fatto altrui nel Codice Napoleone	65
A. La responsabilità per fatto altrui nel Codice Napoleone	65
B. Le modifiche attuate dalla giurisprudenza e dalla legislazione	68
a) Le modifiche del fondamento della responsabilità per fatto altrui	
b) Le modifiche dell'ambito della responsabilità per fatto altrui	
C. Riepilogo	70
a) La sintesi della dottrina francese	
b) Le disposizioni del progetto di riforma dell'obbligazione	
2. La responsabilità per fatto altrui nel Codice civile italiano del 1865	72
A. L'articolo 1153 del Codice civile italiano del 1865	72
B. Lo stato delle ricerche	73
C. La discussione del fondamento della responsabilità per fatto altrui	74
a) La dottrina dominante secondo la quale la responsabilità per fatto altrui si basa sulla colpa dei responsabili, e le critiche.	
(I) La teoria della <i>culpa in vigilando</i> o della <i>culpa in eligendo</i> e le critiche	
(II) La teoria di rappresentanza e le critiche	
b) L'abbandono della dottrina tradizionale	
(I) Le dottrine dei criteri oggettivi	
(II) Le critiche dalla dottrina tradizionale	
c) Riepilogo: la tendenza dell'abbandono delle teorie della <i>culpa</i> e il ritorno dei criteri oggettivi per il fondamento della responsabilità per fatto altrui	
D. La differenza tra la responsabilità per fatto altrui e la responsabilità per fatto proprio	85
E. L'ambito della responsabilità per fatto altrui	87
3. Postilla: cenni sulla responsabilità per fatto altrui nel BGB	88
A. Gli articoli	88
B. Analisi sintetica	89
a) La discussione generale	
b) Le fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui	
(I) La responsabilità dei preponenti	
(II) La responsabilità dei sorveglianti	

CAPITOLO IV Le responsabilità per fatto altrui nel Codice civile italiano del 1942

1. Gli articoli	96
2. Il confronto con l'art. 1153 del Codice civile italiano del 1865	96
3. Le discussioni generali	97
A. Le dottrine relative alla responsabilità per fatto altrui	97
a) L'opinione secondo cui le fattispecie della responsabilità per fatto altrui si basano sui rapporti speciali tra i responsabili e gli autori del fatto.	
b) L'opinione secondo cui la responsabilità per fatto altrui nel sistema del codice civile si pone come un elenco di fattispecie specifiche in base a criteri diversi, anziché come discussione di un'idea che implica la categoria di fattispecie in base a un fondamento unitario.	
c) L'opinione della negazione dell'espressione 'responsabilità per fatto altrui'	
B. Riepilogo	104
a) La struttura del vigente sistema della responsabilità extracontrattuale: il principio generale della colpa e una serie di fattispecie speciali.	
b) Nel vigente sistema della responsabilità extracontrattuale del codice civile del 1942, le responsabilità per fatto altrui, come le eccezioni del principio generale della colpa dell'art. 2043, si basano sui rapporti intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto.	
(I) I difetti delle teorie della colpa e del rischio	
(II) Si deve ribadire il criterio romanistico: il rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto è il fondamento della responsabilità per fatto altrui.	
(III) In base al criterio del rapporto, le fattispecie previste nell'art. 2047, 1 comma, art. 2048 e art. 2049 sono coinvolte nell'ambito della responsabilità per fatto altrui.	
(IV) La distinzione tra la responsabilità per fatto altrui e il concorso di persone nel fatto illecito	
4. Le fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui	110
A. La responsabilità dei sorveglianti	110
a) I responsabili e gli autori del fatto	
b) La responsabilità dei sorveglianti si basa sul rapporto di sorveglianza tra il responsabile e l'autore del fatto.	
B. La responsabilità dei genitori e dei tutori	114

- a) I soggetti
 - (I) I genitori, i tutori e i minori capaci di intendere e di volere
 - (II) Il requisito della coabitazione tra i soggetti
- b) Il fondamento della responsabilità
 - (I) Abbandonando la dottrina tradizionale, palese falsificazione per sostenere il dogma della colpa, il codice vigente stabilisce la responsabilità dei genitori e dei tutori in base ai rapporti intercorrenti tra i genitori, i tutori e i minori.
 - (II) La prova liberatoria dei responsabili
- C. La responsabilità dei precettori e dei maestri d'arte 123
 - a) I precettori, i maestri d'arte e gli allievi, ecc.
 - b) La responsabilità degli insegnanti si basa non sulla cosiddetta colpa presunta, ma sul rapporto intercorrente tra gli insegnanti e gli allievi.
- D. La responsabilità dei padroni e dei committenti 126
 - a) I preponenti e i preposti
 - (I) Da “padroni, domestici e committenti, commessi” a “preponenti e preposti”
 - (II) L'individuazione del rapporto di preposizione tra il responsabile e l'autore del fatto
 - (III) Il limite dell'esercizio delle incombenze affidate ai preposti
 - b) Il fondamento della responsabilità
 - (I) L'abbandono della dottrina tradizionale—la *culpa in vigilando* o *in educando*
 - (II) I difetti delle teorie del rischio
 - (III) Il rapporto di preposizione tra il responsabile e l'autore del fatto deve essere ribadito come il fondamento della responsabilità dei preponenti.

CAPITOLO V Considerazioni conclusive: le analogie della responsabilità per fatto altrui tra i codici civili che sono provenienti dal modello comune stabilito dal diritto romano

1. Il modello romano della responsabilità per fatto altrui nel sistema della responsabilità extracontrattuale 134
2. Analogia (I): in tutti i codici civili, la responsabilità per fatto altrui si riferisce a tre categorie principali di fattispecie, cioè la responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci, la responsabilità dei genitori, ecc., per il fatto dei minori e la

responsabilità dei preponenti per il fatto dei preposti.	134
A. L'evoluzione relativa ai soggetti	134
B. I soggetti della responsabilità per fatto altrui	136
3. Analogia (II): nel sistema della responsabilità extracontrattuale, la responsabilità per fatto altrui, basandosi sui rapporti intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto, deroga al principio generale della colpa allo scopo di tutelare l'interesse delle vittime.	138
A. L'evoluzione relativa al fondamento della responsabilità	138
B. Il fondamento della responsabilità per fatto altrui	139

PARTE III

LE RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALI PER FATTO ALTRUI NEL DIRITTO CINESE

CAPITOLO VI Le responsabilità per fatto altrui nel diritto antico

143

CAPITOLO VII Le responsabilità per fatto altrui nei precedenti codici civili

1. La storia della codificazione moderna in Cina: l'abbandono delle tradizioni cinesi e le codificazioni secondo il sistema romanistico	145
2. Gli articoli relativi nei vecchi codici civili	147
A. Il progetto del codice civile della Dinastia Qing	147
B. Il progetto di codice civile della Repubblica di Cina (governo centrale di Pechino)	148
C. Il Codice civile della Repubblica di Cina (governo centrale di Nanchino)	149
3. Analisi sintetica della responsabilità per fatto altrui nei vecchi codici civili cinesi	150
A. Premessa	150
B. La responsabilità dei sorveglianti	151
C. La responsabilità dei preponenti	152

CAPITOLO VIII Le responsabilità per fatto altrui nella Legge sui *Principi Generali di Diritto Civile* della RPC e nelle interpretazioni giurisdizionali della Corte suprema

1. Gli articoli relativi	155
A. I <i>Principi Generali di Diritto Civile</i> della RPC	155
B. L'interpretazione giurisprudenziale della Corte suprema di 2003	155
2. L'analisi della responsabilità per fatto altrui	156
A. Premessa	156
B. La responsabilità dei sorveglianti	158
a) I sorveglianti e i soggetti sorvegliati	
b) Secondo la dottrina cinese dominante, i sorveglianti, basandosi sulla posizione della garanzia del risarcimento del danno delle vittime, devono assumere la responsabilità del danno cagionato dalle persone sorvegliate.	
C. La responsabilità dei preponenti	163
a) I criteri dell'individuazione dei soggetti della responsabilità alla luce del diritto cinese devono essere abbandonati.	
b) Il fondamento della responsabilità	

CAPITOLO IX Le responsabilità per fatto altrui nella Legge sulla responsabilità extracontrattuale

1. Premessa	169
A. Gli articoli	169
B. Il confronto con gli articoli nei <i>Principi Generali di Diritto Civile</i>	170
C. Il rapporto tra gli articoli citati e altri articoli nello stesso capitolo	171
2. La discussione generale della responsabilità per fatto altrui nel diritto cinese	172
A. A giudicare dall'evoluzione della responsabilità per fatto altrui nel diritto cinese, il più importante elemento intervenuto nella sua redazione è l'aver ereditato le formulazioni del diritto romano e dei precedenti codici civili del sistema romanistico.	172
B. Riflessioni sul diritto romano e sui codici civili del sistema romanistico: nella nuova legge sulla responsabilità extracontrattuale, la redazione della responsabilità per fatto altrui non è altro che il risultato del confronto tra i precedenti presenti nel diritto romano e nei codici civili del sistema romanistico.	175

a) L'accoglimento dei punti simili dei codici civili del sistema romanistico che sono provenienti dal modello comune stabilito nel diritto romano

b) La scelta nel caso in cui sussistano differenze tra i codici civili che sono provenienti dal diritto romano.

C. Riepilogo	179
3. La fattispecie tipica (I): la responsabilità dei sorveglianti	180
A. I sorveglianti e gli incapaci	180
B. Il fondamento della responsabilità	181
a) La responsabilità dei sorveglianti deve basarsi sul rapporto di sorveglianza tra il responsabile e l'autore del fatto.	
b) La prova di adempimento del dovere di sorveglianza	
4. La fattispecie tipica (II): la responsabilità dei genitori e dei sostituti	183
A. I genitori, i sostituti e i minori capaci	183
B. Il fondamento della responsabilità	184
a) La responsabilità dei genitori e dei sostituti deve basarsi sul rapporto di potestà tra il responsabile e l'autore del fatto.	
b) La prova di diminuzione della responsabilità	
5. La fattispecie tipica (III): la responsabilità dei preponenti	186
A. I preponenti e i preposti	186
B. La responsabilità dei preponenti deve basarsi sul rapporto di preposizione tra il responsabile e l'autore del fatto.	188
CONCLUSIONE	190
BIBLIOGRAFIA	194

INTRODUZIONE

1. Le questioni

Nel campo della responsabilità extracontrattuale del sistema romanistico, se un danno è cagionato da un soggetto, quel soggetto ne è responsabile e, corrispettivamente, un soggetto risponde solo per il danno che egli cagiona.¹ A fianco della fattispecie generale, non solo nel diritto romano ma anche nel diritto civile, sono state previste delle fattispecie speciali, in base alle quali chi è tenuto alla responsabilità non è l'autore materiale dell'evento di danno per il terzo, bensì è un diverso soggetto.²

Nei diversi periodi storici, questa responsabilità speciale ha subito grandi cambiamenti. Inoltre, nei codici civili del sistema romanistico, questa responsabilità assume anche configurazioni differenti, basandosi su fondamenti diversi. Tuttavia, se si vuole riconoscere questa responsabilità, si devono risolvere le stesse questioni:

A. quali soggetti devono assumere la responsabilità per il danno cagionato da un altro;

B. di quali soggetti i fatti dannosi devono essere posti a carico di un altro;

¹ Tale fattispecie generale è prescritta dagli articoli iniziali della parte della responsabilità extracontrattuale dei codici civili, per esempio: l'art. 823 del Codice civile tedesco, gli articoli 1382 e 1383 del Codice Napoleone, l'art. 2043 del Codice civile italiano del 1942, l'art. 41 del Codice dell'obbligazione della Svizzera, l'art. 709 del Codice civile giapponese, l'art. 184 del Codice civile di Taiwan, l'art. 106 della Legge sui *Principi Generali di Diritto Civile* della RPC, l'art. 6 della Legge sulla Responsabilità Extracontrattuale della RPC, ecc.

² Ad esempio, nel diritto romano, l'*actio noxalis adversus paterfamilias*, le *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*, ecc.; nei codici civili del sistema romanistico, relativi alla responsabilità per il danno cagionato da un minore o da un infermo di mente, l'art. 832 del Codice civile tedesco, l'art. 1384 del Codice Napoleone, l'art. 2047, 1 comma e l'art. 2048 del Codice civile italiano del 1942, l'art. 714 del Codice civile giapponese, l'art. 169 in capitolo VI del Codice civile olandese, l'art. 187 del Codice civile di Taiwan, l'art. 133 della Legge sui *Principi Generali di Diritto Civile* della RPC, l'art. 32 della Legge sulla Responsabilità Extracontrattuale della RPC, ecc.; mentre relativi alla responsabilità per il danno cagionato da un preposto, l'art. 831 del Codice civile tedesco, l'art. 1384 del Codice Napoleone, l'art. 2049 del Codice civile italiano del 1942, l'art. 715 del Codice civile giapponese, l'art. 188 del Codice civile di Taiwan, l'art. 170 in capitolo VI del Codice civile olandese, gli articoli 34 e 35 della Legge sulla Responsabilità Extracontrattuale della RPC, ecc.

C. i fondamenti della responsabilità, ossia in base a quali ragioni fondamentali un soggetto può essere dichiarato responsabile per il danno cagionato da un altro.

2. L'oggetto della ricerca

A. Prima individuazione sintetica dell'oggetto della ricerca

L'oggetto di ricerca della presente tesi è individuato nella responsabilità speciale che cade su un soggetto diverso da quello che ha cagionato il danno. Più precisamente:

a) La presente ricerca è focalizzata sulla responsabilità nel diritto civile, anziché nel diritto penale o nel diritto amministrativo. Nell'ambito del diritto civile, si limita l'oggetto di questa tesi alla responsabilità extracontrattuale, escludendo la responsabilità contrattuale, malgrado il responsabile di un danno possa esserlo in base a un contratto.

b) Nell'ambito dell'oggetto di ricerca, si limita l'esame al danno cagionato dal fatto di un uomo. Qui il 'fatto' è "la vicenda che causa il danno ingiusto" ed è riferibile a un soggetto,³ includendo il fatto illecito, per esempio, quello compiuto da una persona capace di intendere e di volere, e il fatto dannoso obiettivo, per esempio, quello compiuto da un infermo di mente o un minore incapace di intendere o di volere, ma escludendo l'evento dannoso cagionato da animali o cose inanimate. Quindi, l'oggetto di ricerca della presente tesi è focalizzato sulla responsabilità per il fatto di un uomo e non include la responsabilità per il danno arrecato da animali o da cose inanimate.

c) Nelle fattispecie che saranno analizzate in questa tesi, il fatto dannoso e la responsabilità sono separati, in altre parole la responsabilità di un danno cagionato dall'autore del fatto dannoso è assunta da un individuo diverso dall'autore stesso. Secondo il criterio del rapporto di causalità, esiste il nesso diretto tra il danno e

³ Bianca M., *La responsabilità, Diritto Civile* (V), Milano, 1994, 573.

l'autore materiale del fatto dannoso, mentre c'è un nesso indiretto tra il danno e il responsabile.

In alcune fattispecie, un fatto riprovevole del responsabile concorre a “causare” il fatto dannoso dell'autore materiale che ha cagionato il danno a un terzo; tra il responsabile e il danno c'è un nesso indiretto, in quanto il danno è cagionato direttamente dal fatto dell'autore materiale senza che, peraltro, si perfezioni una fattispecie di concorso di persone nel fatto illecito. Ad esempio, nella responsabilità del sorvegliante, secondo una interpretazione dottrinale, il sorvegliante assume la responsabilità a causa di una colpa propria perché egli non adempie la sorveglianza volta ad impedire il fatto dannoso dell'incapace. Però, in questa fattispecie, l'autore del fatto e il responsabile non sono lo stesso soggetto, ma due soggetti diversi; il danno è cagionato direttamente dal fatto dannoso della persona incapace, ma il risarcimento è a carico non dell'incapace, ma del sorvegliante. Quindi, anche questa responsabilità appartiene all'ambito dell'oggetto di ricerca della presente tesi.

B. La scelta della designazione dell'oggetto di ricerca

Riguardo all'oggetto di ricerca, ci sono espressioni comuni nei diritti del sistema romanistico.

Nel diritto italiano, le fattispecie dell'oggetto della ricerca vengono tutte indicate come ‘*responsabilità per fatto altrui*’, quantunque gli studiosi italiani non arrivino ancora a una definizione unitaria.⁴ Espressioni meno generali, per esempio, *responsabilità dei genitori*, *responsabilità degli insegnanti*, *responsabilità dei padroni e dei committenti*, ecc., sono utilizzate per definire specifiche fattispecie della responsabilità speciale in esame.

⁴ Per quanto riguarda la ‘*responsabilità per fatto altrui*’ nel diritto italiano, sarà discussa nella seconda parte della presente tesi.

Nel diritto francese, la situazione è analoga al diritto italiano.⁵

Nel diritto tedesco, i giuristi non si interessano di discuterle unitariamente. Conseguentemente, a differenza del diritto italiano o francese, loro preferiscono usare espressioni particolari, per esempio, *Haftung für den Verrichtungsgehilfen*, *Haftung des Aufsichtspflichtigen*, ecc.⁶ Però, in qualche trattazione degli studiosi tedeschi, per esigenze di costruzione sistematica, viene ad esempio utilizzata anche l'espressione generale '*Haftung für pflichtwidriges Verhalten anderer*', che è simile all'espressione della '*responsabilità per fatto altrui*'.⁷

Il sistema romanistico, inoltre, ha esercitato una grande influenza sul diritto cinese. Dunque, nel diritto cinese, esistono sia le espressioni particolari, come *jiānhùrén zérèn* (la responsabilità dei sorveglianti), *gùzhǔ zérèn* (la responsabilità dei datori di lavoro), ecc.; sia le espressioni generali, come *duì disānrén zhī zérèn* oppure *duì tārén qīnquán zhī zérèn* (la responsabilità per fatto altrui).⁸

Nella presente tesi, viene utilizzata l'espressione più generale, in grado di sintetizzare tutte le diverse fattispecie della responsabilità speciale. Secondo l'opinione più influente tra gli studiosi italiani, con l'espressione della '*responsabilità per fatto altrui*', si intende affermare che chi è tenuto al risarcimento non è l'autore materiale dell'evento di danno per il terzo, bensì è un diverso soggetto.⁹ Quest'opinione concorda con la spiegazione suddetta dell'oggetto di ricerca. Quindi, nell'ambito della presente tesi, la specifica responsabilità oggetto della ricerca viene definita come *responsabilità per fatto altrui* (*duì tārén xíngwéi zhī zérèn*, in cinese).

⁵ Cfr. Viney G., Jourdain P., *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, Paris, 1989, 807 ss.

⁶ Fedtke J., Magnus U., *Liability for damage caused by others under German law*, in *Unification of tort law: liability for damage caused by others* (a cura di Spier. J), Londra, 2003, 107.

⁷ Cfr. Kötz H., Wagner G., *Deliktsrecht*, Berlin, 2006, 106 ss. In questo libro, tale espressione è dedicata a sintetizzare le fattispecie speciali della *Haftung* che hanno la caratteristica comune, nel quale sono incluse '*Haftung bei Schädigung durch Gehilfen*' e '*Haftung bei Schädigung durch Minderjährige*'.

⁸ Cfr. Liang Huixing, *Il progetto del codice civile e le ragioni (V)—i fatti illeciti*, Pechino, 2002, 65 ss; ecc.

⁹ Per quanto concerne questo problema del diritto italiano, sarà discusso più precisamente nella seconda parte della presente tesi.

Inoltre, è necessario indicare che nei diritti di alcuni paesi, in particolare nel sistema di *common law*, c'è l'espressione '*vicarious liability*' (responsabilità vicaria) che, similmente all'espressione '*responsabilità per fatto altrui*', individua unitariamente la responsabilità speciale suddetta. Ma in questo caso la responsabilità è dovuta ad elementi oggettivi, e non ad una colpa. Di conseguenza, con l'espressione '*vicarious liability*' si individua in modo consolidato delle fattispecie di responsabilità oggettiva.¹⁰ Ma, per esempio, in alcuni codici civili, la responsabilità dei genitori, secondo l'opinione dominante, è quella in base alla *culpa in vigilando* del responsabile, e questa responsabilità appartiene all'ambito dell'oggetto della ricerca della presente tesi, ma non può essere espressa come '*vicarious liability*'. Pertanto, nell'ambito della presente tesi, l'espressione '*vicarious liability*' non può essere usata e ad essa va preferita l'altra espressione più neutra '*responsabilità per fatto altrui*', che non indica su quale principio si basa.

3. L'obiettivo della ricerca

Per quanto riguarda la responsabilità per fatto altrui, ci si propone di analizzarla, facendo ricorso al metodo proprio dei giuristi romani, attraverso il quale si cercherà di comprendere la varietà di prospettive presenti nel sistema e si cercherà di individuare la "migliore e più equa". Sulla base dell'analisi, si elaborerà la ricostruzione della responsabilità per fatto altrui nel diritto cinese. Perciò, la presente tesi avrà la seguente struttura:

Nella prima parte della tesi, sarà analizzata la responsabilità per fatto altrui nel diritto romano. Le fattispecie fondamentali furono configurate dalle azioni, cioè l'*actio noxalis adversus paterfamilias* per il fatto dannoso delle persone in potestà, le *actiones furti et damni adversus nautas caupones stabularios*, nonché dalla responsabilità per il danno cagionato dall'incapace di intendere o di volere. Le fattispecie suddette, basandosi su un rapporto speciale (di potestà, di preposizione, di

¹⁰ European Group on Tort Law, *The commentaries on the Principles of European Tort Law*, Chapter 6: 2.2, 2008.

sorveglianza) tra il responsabile e l'autore del fatto, sono di responsabilità senza colpa; in esse, lo scopo principale è garantire il risarcimento del danno del danneggiato da parte del responsabile, indipendentemente quindi dalla colpa di questo ultimo. Esse sono eccezioni al principio, secondo cui la colpa che cagiona ad altri un danno lesivo di un bene giuridicamente tutelato deve essere punita, scaturito dalla *Lex Aquilia*, e che viene posto al centro nel sistema della responsabilità extracontrattuale. Quindi, nel sistema della responsabilità extracontrattuale, la responsabilità per fatto altrui svolge un ruolo di eccezione rispetto al principio generale della colpa, pur con delle oscillazioni che danno luogo a diverse prospettive.

Questa impostazione del diritto romano viene seguita dai codici civili del sistema romanistico. Quindi, nella seconda parte della tesi, sarà analizzata la responsabilità per fatto altrui nei codici civili del sistema romanistico. L'analisi verterà principalmente sul codice civile italiano del 1865 e del 1942, accennando tuttavia anche ai codici civili di altri paesi.

Nei codici civili del sistema romanistico, oltre all'esistenza di qualche differenza, possiamo trovare due punti simili molto importanti che sono derivati dal comune suddetto modello del diritto romano. Cioè:

A. in tutti i codici civili, la responsabilità per fatto altrui si riferisce a tre categorie principali di fattispecie, cioè la responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci, la responsabilità dei genitori, ecc., per il fatto dei minori, la responsabilità dei preponenti per il fatto dei preposti;

B. nel sistema della responsabilità extracontrattuale, la responsabilità per fatto altrui, basandosi sui rapporti intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto, deroga al principio generale della colpa allo scopo di tutelare l'interesse delle vittime.

Riguardo alla responsabilità per fatto altrui nel sistema della responsabilità extracontrattuale del diritto cinese, che sarà analizzata nella terza parte, la sua

elaborazione non è altro che il risultato del confronto dei precedenti dei codici civili del sistema romanistico, dell'accoglimento dei punti simili e della scelta in presenza di differenze. L'esame della responsabilità per fatto altrui nel sistema della nuova legge sulla responsabilità extracontrattuale sarà impostata secondo la seguente linea:

A. il concetto di '*responsabilità per fatto altrui*' indica una responsabilità speciale secondo cui chi è tenuto al risarcimento non è l'autore materiale dell'evento di danno per il terzo, bensì è un diverso soggetto;

B. tale responsabilità si configura in relazione a tre categorie di fattispecie basate su rapporti fondamentali tra i soggetti responsabili e gli autori del fatto: la prima è la categoria delle fattispecie della responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci basate sul rapporto di sorveglianza; la seconda è la categoria delle fattispecie della responsabilità dei genitori, ecc., per il fatto dei minori basate sul rapporto di potestà; la terza è la categoria delle fattispecie della responsabilità dei preponenti per il fatto dei preposti basate sul rapporto di preposizione;

C. nel sistema della responsabilità extracontrattuale, le responsabilità per fatto altrui, come le fattispecie speciali, derogano al principio generale della colpa.

PARTE I

**LE RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALI PER
FATTO ALTRUI NEL DIRITTO ROMANO**

CAPITOLO I Le fattispecie della responsabilità per fatto altrui

1. La fattispecie della responsabilità per fatto altrui (I): la responsabilità del *paterfamilias*

A. Premessa

Nel diritto romano, i figli di famiglia e i servi si trovano in una posizione sostanzialmente analoga, ossia sono tutti nella *patria potestas*.¹¹ Quindi, nel caso in cui il delitto sia stato commesso dal figlio o dal servo, si applica l'*actio noxalis adversus paterfamilias*, in base alla quale l'avente potestà, ossia il *paterfamilias*, è tenuto alla responsabilità per i fatti dei figli o dei servi che risultino dannosi per altri.

In questa fattispecie, ci sono due scelte per il responsabile: una è il pagamento della relativa pena pecuniaria, l'altra è la consegna del colpevole all'offeso per l'esenzione dal pagamento. Per la prima scelta, la responsabilità del *paterfamilias*, ovviamente, è quella per fatto altrui. Mentre, secondo l'ultima scelta, il *paterfamilias* potrebbe esimersi dal pagamento, ma in realtà deve assumere anche un'altra responsabilità, cioè di consegnare al danneggiato l'autore del fatto, che appartiene al bene del responsabile. Comunque, anche per la seconda scelta, la responsabilità del *paterfamilias* è quella per fatto altrui.

B. L'evoluzione dell'*actio noxalis adversus paterfamilias*

Durante l'evoluzione dalla Legge delle XII Tavole al *Corpus Iuris*, l'*actio noxalis adversus paterfamilias* ha subito grandi cambiamenti, in particolare riguardo al caso in cui il danno è cagionato dal figlio di famiglia.

Nella Legge delle XII Tavole, già esisteva l'*actio noxalis* applicabile sia al servo sia al figlio. Si veda l'art. 2 (B) della Tavola XII: *ex malificiis filiorum familias*

¹¹ Cfr. Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, 133-144.

servorumque [. . .] noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere [. . .].

Poi, fino alle Istituzioni di Gaio, analogamente al servo, l'*actio noxalis* poteva essere ancora applicata al caso in cui un danno era cagionato dal figlio di famiglia, in quanto, secondo il pensiero giuridico di allora, "*erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse*" (Gai. 4,75).

Ma nell'età antica, l'*actio noxalis* per i figli è stata sostituita da una responsabilità del padre di famiglia a rispondere per l'obbligazione del figlio nei limiti del patrimonio di questi.¹² Alla luce delle esperienze del diritto arcaico, Giustiniano aboliva l'esercizio dell'*actio noxalis* contro il *paterfamilias*, e il figlio di famiglia poteva essere convenuto per il proprio delitto. Si veda:

I.4,8,7 : *Sed veteres quidam haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit : quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.*

Dunque, nell'età giustiniana, il sistema dell'*actio noxalis* si restringe soltanto ai delitti commessi dai servi. Si veda I.4,8 pr.: *ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint aut bona rapuerint aut damnum dederint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permittitur aut litis aestimationem sufferre aut hominem noxae dedere.*

Secondo i frammenti ricordati, durante l'evoluzione dei secoli, l'*actio noxalis* viene

¹² Schipani S., *Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, 2009.

conservata contro il padrone, in quanto la posizione dei servi non ha subito cambiamenti sostanziali.¹³ Invece, rispetto ai figli di famiglia, l'*actio noxalis* è stata cancellata finalmente. Secondo la loro posizione giuridica, all'inizio i figli di famiglia erano sottoposti alla patria potestà senza limitazioni rigorose. Ma fino all'epoca romano-ellenica, seguendo lo sviluppo della società romana, la patria potestà si è ridotta gradualmente ad un misurato potere di correzione e di disciplina. Nei casi gravi il *paterfamilias* doveva rivolgersi al magistrato o ai presidi delle province.¹⁴ Al contrario, la posizione del figlio era man mano diventata sempre più indipendente, perché il suo potere sui peculi era più autonomo. In tale situazione, quando il figlio commetteva un fatto illecito, la vittima poteva agire direttamente contro il figlio. Per di più, alla luce dello spirito sociale, Giustiniano indicava che nessuno può tollerare di dare ad un altro come colpevole il proprio figlio e la propria figlia. Insomma, secondo il nuovo spirito sociale e il nuovo ordinamento patrimoniale della famiglia, era venuta meno la caratteristica della nossalità propria per gli illeciti dei figli di famiglia, direttamente perseguibili attraverso i loro peculi.¹⁵

C. In base all'*actio noxalis adversus paterfamilias* i padri di famiglia e i padroni hanno la responsabilità oggettiva per il delitto dei figli o dei servi; essa si fonda sul rapporto potestativo tra *paterfamilias* e persone che sono nella sua potestà.

a) I soggetti della responsabilità del *paterfamilias*

Nell'*actio noxalis*, gli autori del fatto sono i figli di famiglia o i servi. Il fatto illecito commesso da questi soggetti è il presupposto per l'azione in esame, perché *noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum*

¹³ Riguardo ai servi sotto la *dominica potestas*, secondo alcuni romanisti, vi è una linea continua di evoluzione migliorativa non solo per spirito etico e umanitario ma anche per interesse politico (Cfr. Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 142). Tale osservazione sembra che vi siano fondati dubbi. Infatti, il servo era, nell'epoca più antica, in condizioni migliori che nella più tarda età dell'apogeo del modo di produzione servile (II sec. a.C.-II sec. d.C.), e lo schema giuridico della nossalità è uno schema antico, di una economia domestica legata alla sussistenza, in cui il servo poteva avere un peculio; e poteva essere manomesso e diventare un cittadino; ecc. D'altra parte, vi è anche una convergenza di interesse della famiglia, del proprietario nel 'conservare' i servi, che erano forza-lavoro, parte della famiglia, in senso lato, e del patrimonio.

¹⁴ Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 136.

¹⁵ Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 135.

adversus nos instituuntur (D.9,4,1). Riguardo al fatto dell'autore, in I.4,8,1, Giustiniano indicava "*noxia ipsum maleficium, veluti furtum damnum rapina iniuria*". Anche nel D.50,16,238,3, "*Noxiae*" *appellatione omne delictum continetur*. Inoltre, per commettere i delitti suddetti, gli autori del fatto devono avere la capacità di intendere e di volere che è il limite comune della responsabilità extracontrattuale, in quanto non sussiste l'azione della legge Aquilia, se un pazzo o infante che manca la capacità di intendere e di volere abbia arrecato il danno (D.9,2,5,2). Dunque, il danno della vittima è arrecato dai delitti con la colpa dell'autore.

A differenza delle fattispecie normali, i responsabili della fattispecie in esame non sono i soggetti ricordati che hanno cagionato il danno della vittima, ma sono i padri di famiglia (o i padroni). Qui, tra i responsabili e gli autori del fatto deve esistere la relazione potestativa. Altrimenti, i responsabili non sono obbligati alla responsabilità per il fatto degli autori. Si veda il frammento nelle Istituzioni di Gaio:

Gai.4.77 (simile a I.4,8,5): *Omnes autem noxales actiones caput sequuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si pater familias noxam commiserit et is se in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit, quod quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse quae ante directa fuit.*

Questo frammento implica nell'*actio noxalis* la massima "*noxa caput sequitur*", in base alla quale l'azione è esperita contro il *paterfamilias* che ha in potestà il figlio o il servo al momento in cui l'offeso agisce, e non contro quello che l'aveva al momento in cui il delitto fu compiuto: nel caso in cui il figlio divenga *sui iuris* o in caso di manomissione del servo, ci si rivolgerà direttamente contro costoro, dato che all'attuazione della responsabilità nei loro confronti non osta più l'esistenza della

potestas di un altro soggetto.¹⁶ In altre parole, l'autore del fatto, al momento di commettere il delitto, deve essere il servo oppure il figlio di famiglia nella *patria potestas* del responsabile. Dunque, solo nel caso dell'esistenza dei rapporti suddetti, il *paterfamilias* potrebbe essere convenuto, altrimenti, non è tenuto a rispondere per il fatto dell'autore.

b) La potestà patria (o dominica) è il fondamento della responsabilità del *paterfamilias*.

Il diritto romano mette in evidenza il principio della responsabilità personale per i delitti, anche quelli privati; ciò significa che non vi è una 'responsabilità di gruppo' (famiglia, gente, villaggio, ecc.), come in conformità a certe consuetudini medioevali, ma che ognuno risponde delle proprie azioni: servi e figli si obbligano.¹⁷

Però, come si è visto, quando un figlio di famiglia o un servo ha cagionato un danno a terzo, il legittimato passivo dell'*actio noxalis* non è rappresentato dagli autori del fatto, ma dal loro *paterfamilias*. Dunque, per quale motivo l'*actio noxalis* condanna il *paterfamilias* ad assumere la responsabilità di danno cagionato dal figlio o dal servo? Mi pare che si debba trovare il fondamento di ciò nella *potestas* del *paterfamilias*.

Infatti, nell'antica Roma, la famiglia, fortemente coesa, costituisce un nucleo essenziale della struttura della società romana, e i diversi membri della famiglia sono sostenuti dalla *potestas* del *paterfamilias*, che è l'unico in potestà di se stesso.¹⁸ Nel

¹⁶ Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 620.

¹⁷ Per i servi, si veda il D. 44,7,14 di Ulpiano: *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor*; per i figli di famiglia, si veda il D. 44,7,39 di Gaio: *Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest*.

¹⁸ La famiglia è una pluralità di persone (in senso lato, include anche i servi) nella potestà del padre di famiglia. Si veda l'interpretazione di Ulpiano per quanto riguarda il termine 'famiglia' in D. 50,16,195,1-4: 1. "*Familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis "adgnatus proximus familiam habeto". Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: "ex ea familia", inquit, "in eam familiam": et hic de singularibus personis legem loqui constat; 2. Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus*

diritto romano sono messi in evidenza il ruolo e significato della *potestas* del *paterfamilias* come ‘essere *potis*’, cioè ‘essere più’, essere pienamente sé, poter stare autonomamente e, di conseguenza poter essere di sostegno materiale e morale ad altri che non lo sono; e pertanto assommare in sé le competenze e le funzioni necessarie per svolgere tale ruolo di sostegno della famiglia, con una dimensione che include molti profili, religioso, economico, di difesa, di disciplina all’interno della famiglia che viene sostenuta, guidata dai *mores* famigliari, da tribunali domestici, ecc.¹⁹ In questo quadro, di competenza del *paterfamilias* a compiere le valutazioni su ciò che è meglio per la famiglia, e su ciò a cui questa può fare fronte, si inserisce la scelta offertagli dal meccanismo della nozialità. Questa logica può spiegare il motivo per cui il *paterfamilias*, nella cui potestà è l’autore del delitto nel momento in cui viene intentata l’azione, è colui contro cui si agisce.

Perciò, il fondamento della fattispecie in esame è oggettivo: è il rapporto di appartenenza tra il *paterfamilias* e il figlio o servo; in esso, il ruolo di sostegno nei confronti dei soggetti in potestà e l’eventuale funzione disciplinare connessa, sono entrambi propri del titolare della *potestas*. E non occorre dovergli muovere un rimprovero, cioè essi non rispondono per la *culpa in vigilando* mai sulla base di doveri di diligenza, custodia, ecc.

Insomma, nel caso in cui il figlio di famiglia o il servo abbiano cagionato il danno a terzo, il *paterfamilias* è tenuto alla vittima in base al rapporto potestativo tra

plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur; ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur; quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur; quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt; 3. Servitutium quoque solemus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum. Sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur huius rei causa paratum, hoc est vectigalis causa. Alia autem parte edicti omnes servi continentur: ut de hominibus coactis et vi bonorum raptorum, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera aut familiae eius, et interdicto unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit. Sed et filii continentur; 4. Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte quodam memoriae.

¹⁹ Cfr. G. Lobrano, *Pater et filius eadem persona*, Milano, 1984, 25 ss; 145 ss.

paterfamilias e persone che sono nella sua potestà.

c) La *culpa* nella responsabilità del *paterfamilias*

La considerazione della colpa del *paterfamilias* potrebbe intrinsecamente svuotare l'ambito di applicazione della nozionalità stessa, perché in questa fattispecie è trovato un limite nella *scientia domini* dei delitti dei figli o dei servi. Infatti, non sempre l'azione per i delitti di questi sottoposti è data nossalmente: quando il *paterfamilias*, al corrente del delitto, non abbia impedito l'illecito (pur potendolo fare),²⁰ l'azione Aquiliana viene data contro di lui.²¹

Qui emerge il problema relativo al rapporto tra il delitto dell'autore materiale e la responsabilità del *dominus sciens*. Perciò, dobbiamo esaminare il testo di D.9,4,4,2 perché esso affronta direttamente questo problema.

D.9,4,4,2 (*Paulus libro tertio ad edictum*): *Cum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est: nisi forte praetor unam poenam a domino exigi voluit. Ergo dolus servi impunitus erit? Quod est iniquum: immo utroque modo dominus tenebitur, una autem poena exacta, quam actor elegerit, altera tollitur.*

In questo caso, esistono due delitti distinti: da un lato, quello commesso dal *dominus* con la mancata *prohibitio*; dall'altro, quello commesso dal servo con la colpa propria. Come si è visto, il *dominus* deve rispondere per la colpa propria nell'azione Aquiliana. Ma la colpa del servo resterà impunita? Ulpiano indicava che ciò è iniquo. Dunque, il *dominus* deve rispondere anche nell'azione—*sine noxae deditioe*—per il fatto del servo. In realtà, il delitto sui cui si basa l'*actio poenalis directa adversus scientem* ha una connessione stretta con quello commesso dal *servus agens*, ma il

²⁰ D.9,4,3: *In omnibus noxalibus actionibus, ubicumque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit: aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere.*

²¹ D.9,4,2 pr.: *Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse: si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat; D.9,2,44,1: Quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est.*

rapporto tra i due non può che qualificarsi come concorso di persone nel reato, perché in caso di concorso, la disciplina è diversa: l'azione spetta cumulativamente contro il padrone e il servo, invece il nostro caso è soggetto in proprio all'azione diretta, nonché ad un'azione—*sine noxae deditio*—per il fatto del servo.²²

Dunque, queste due azioni legittimano la vittima a perseguire entrambi, ossia a valersi, contro il *dominus*, sia dell'*actio poenalis directa*, sia dell'*actio nomine servi*. Ci si preoccupò tuttavia di evitare la possibilità di un fruttuoso esperimento delle due azioni, che si sarebbe tradotto in un ingiusto danno a carico dell'unico convenuto, il *dominus sciens*, chiamato a pagare due volte le conseguenze del delitto commesso. Quindi, Ulpiano evidenzia che una volta esatta la pena che l'attore avrà scelto, l'altra è estinta.²³

Inoltre, dobbiamo notare che dopo la *Lex Aquilia*, nei secoli successivi a Giustiniano, vi è stata una interpretazione del principio della colpa tendente ad unificare la materia della responsabilità extracontrattuale riunendo in sé tutte le fattispecie speciali. Quindi, rispetto alla responsabilità del *paterfamilias*, in particolare per il caso in cui il danno della vittima è cagionato dal delitto del servo, la prospettiva interpretativa tende a far largo e sistematico uso della *culpa* quale ragione della responsabilità.²⁴

Questa tendenza, infatti, apre la via a possibili diversi sviluppi nei codici civili del sistema romanistico. Nelle teorie interpretative nei secoli successivi, esiste una prospettiva che segue una logica differente da quella ricordata per la fattispecie in esame. Essa mette in primo piano solo gli individui isolati, e quindi una cooperazione fondata solo sulla diligenza, o la sorveglianza. Mi sembra, tuttavia, che tale prospettiva abbia dimenticato, nella potestà, la base costituita dal sostegno, e abbia

²² Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 620.

²³ Tilli G., «*Dominus sciens*» e «*servus agens*», in *LABEO. Rassegna di diritto romano*, XXIII, Napoli, 1977, 28 ss.

²⁴ Come si è detto, nel diritto arcaico, l'*actio noxalis* è stata cancellata rispetto ai figli di famiglia. Quindi, tale prospettiva interpretativa nella compilazione giustiniana, che si traduce in espressione, come la *culpa in habendo*, è dedicata soltanto alla responsabilità del padrone per il delitto del servo. Per questa *culpa*, si troverà una spiegazione più precisa nella fattispecie della responsabilità dei *nautae*, *caupones*, e *stabularii*.

invece considerato solo i profili che ne sono una conseguenza operativa, cioè l'educazione, la disciplina, la sorveglianza, e pertanto ha fallito nello spiegare il fondamento della responsabilità del *paterfamilias*.

D. L'*actio noxalis adversus paterfamilias* è l'origine della responsabilità dei genitori nel diritto civile.

Nell'*actio noxalis adversus paterfamilias*, si tratta della responsabilità del padre di famiglia per le condotte dei figli o dei servi che risultino dannose per altri. Negli sviluppi moderni di questa fattispecie, essa si è concentrata sui figli. Infatti, l'*actio noxalis adversus paterfamilias* per il delitto del figlio di famiglia, secondo la corrente dottrina, è indicata come la radice della responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio capace nel diritto civile moderno.²⁵ Inoltre, si è estesa a quella di quanti esercitano ruoli parzialmente assimilati a quelli genitoriali (precettori, maestri, tutori, ecc.).²⁶

Relativo al caso in cui il danno è cagionato dal servo, malgrado che nella società moderna non esistesse già più la servitù come classe, i giuristi sostituivano il termine '*servus*' con altro termine '*servitore*' nella glossa del *Corpus Iuris*, e così la disposizione concernente la fattispecie del servo poteva essere applicata alla nuova società. Da questo cambiamento, dunque, derivano l'art. 1384, 5 comma del Codice

²⁵ L'origine dell'art. 2048 del Codice civile italiano del 1942 è indicata da Di Marzo (Cfr. *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino, 1950). Ma alcuni studiosi ritenevano che la responsabilità dei genitori si scosta completamente da quella romana che poggiava sulla special costituzione della famiglia, per cui dapprima fu lecito al padre di abbandonare i figli al danneggiato, al pari del servo, e poscia si riconobbe al danneggiato il solo diritto di farsi rivalere sul peculio del figlio. Quindi, la responsabilità dei genitori nel diritto civile non è proveniente dal diritto romano, ma dal diritto francese, in particolare dalle indicazioni del Pothier. Cfr. Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, seconda edizione riveduta ed ampliata da Francesco Cesareo Consolo, Torino, 1914, 338-340. Però, la responsabilità dei genitori prevista dall'art. 1384 nel Codice Napoleone, secondo l'interpretazione nell'edizione ufficiale del *ad uso delle Università e dei Licei del Regno d'Italia* in cui si fa il confronto fra il Codice Napoleone e le leggi Romane (*Codice civile di Napoleone il Grande, col confronto delle leggi romane, ad uso delle Università e dei Licei del Regno d'Italia*, Vol. III, Milano, 1810, 1069 s), è proveniente dall'antica regola romana. In realtà, dall'*actio noxalis adversus paterfamilias*, è derivato un principio romanistico che era quello della responsabilità del *paterfamilias* per le obbligazioni da delitto commesso dal figlio e tal principio corrisponde all'attuale responsabilità dei genitori, mentre la *noxae deditio* costituiva solo una modalità della riparazione del danno, e non modificava l'idea generale della responsabilità del genitore. Cfr. Patti S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 252.

²⁶ Schipani S., *Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, 2009.

Napoleone e l'art. 1153, 4 comma del Codice civile italiano del 1865, ossia la responsabilità dei padroni per il fatto dei domestici.²⁷

2. La fattispecie della responsabilità per fatto altrui (II): la responsabilità per il danno cagionato dagli incapaci di intendere o di volere

Nei fonti del diritto romano, oltre alla responsabilità del *paterfamilias* per il fatto dei sottoposti capaci di intendere e di volere, si affaccia anche il problema della responsabilità per il danno cagionato dagli incapaci di intendere o di volere, sebbene le regole relative non siano molto sviluppate. Prima di tutto, possiamo osservare come in D.9,2,5,2 si tratti della capacità del soggetto agente.

D.9,2,5,2 (Ulpianus libro 18 ad edictum): Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit, quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax.

Alla luce del frammento di Ulpiano, la capacità di intendere e di volere del soggetto risulta un evidente presupposto necessario ad una condotta che deve essere compiuta con l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Per il pazzo, Ulpiano, accogliendo il parere di Pegaso, esclude la sua responsabilità, equiparando il suo atto a un evento accidentale, come il cadere di una tegola o il danno arrecato da un animale. Per il bambino, si distingue il caso del bambino fino a sei anni, che pure non risponde,

²⁷ Nel XIV secolo, l'interpretazione estensiva sta in ciò che, annoteranno Bartolo e Baldo, i più notevoli giuristi dell'era intermedia, intorno al passo del Digesto relativo alla responsabilità del padrone per il danno cagionato dallo servo. La schiavitù non esiste più, e perciò questi commentatori avvertono l'esigenza di una reinterpretazione di quel passo. Per Bartolo, in luogo di *servus*, ossia di servo, si deve intendere *servitor*, ossia dipendente (Bartolus, Commentaria, a D.44,7,34). Nasce così il principio che si consoliderà definitivamente nel diritto moderno. Baldo, all'opposto, non condivide questa reinterpretazione: eccepisce che il padrone rispondeva del danno cagionato dal suo servo non come da costui quale uomo, bensì quale cosa, tale essendo la condizione giuridica dello servo per diritto romano. E dalla lettura di Baldo nasce un altro principio di diritto destinato a consolidarsi per sempre, quello della responsabilità del proprietario per il danno cagionato da cose in custodia. Cfr. Galgano F., *Trattato di diritto civile*, II, Milano, 2009, 913.

mentre per il bambino fra i sette anni e la pubertà si riconosce la responsabilità, sulla base di un ragionamento analogico con una norma della Legge delle XII Tavole che prevede la responsabilità di un minore della stessa età per il caso di furto.²⁸

Inoltre, in merito all'incapace, viene prospettato il problema della sua custodia. Infatti, in relazione al pazzo pericoloso ed al compimento da parte di questi di un crimine, in un importante rescritto viene sottolineato che le persone che hanno il pazzo in custodia devono esercitare il loro ufficio con diligenza affinché la persona custodita non sia dannosa a sé o agli altri. Si veda la trattazione relativa nel D.1,18,14.

D.1,18,14 (*Macer libro secundo de iudiciis publicis*): *...Cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturus nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae neglegentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levare vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. Nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui neglegentiores in officio suo fuerint.*

Dal punto di vista delle collocazioni, questi due frammenti citati, infatti, non hanno collegamento diretto, perché essi sono lontani: uno si trova nel libro I del Digesto, mentre l'altro nel libro IX del Digesto. Però, questi frammenti costituiscono due punti di riflessione: sulla incapacità di intendere o di volere da una parte, sul rapporto di sorveglianza dall'altra parte. Quando le riflessioni sono messe insieme, possiamo vedere affacciarsi nel diritto romano la responsabilità primaria per il danno cagionato dall'incapace. Per di più, l'eredità delle fonti romane è aperta a possibili sviluppi. Viene introdotto così, secondo l'opinione di Schipani, in occasione di un caso

²⁸ Cfr. Schipani S., *Responsabilità «ex lege Aquilia» Criteri di imputazione e problema della «culpa»*, Torino, 1969, 219 ss; 270 ss; Betti E., *Istituzioni di diritto romano* (I), Padova, 1962, 510-511. La stessa regola si ricorda anche in D. 47,2,23 dove si formula la nozione di 'capace di colpa'. Si vede: *Impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit, Iulianus libro vicensimo secundo digestorum scripsit: item posse cum impubere damni iniuria agi, quia id furtum ab impubere fit. Sed modum esse adhibendum ait: nam in infantes id non cadere. Non putamus cum impubere culpa capace Aquilia agi posse. Item verum est, quod Labeo ait, nec ope impuberis furto facto teneri eum.*

concreto assai grave, un principio che ha un forte potenziale espansivo in rapporto ai fatti dannosi delle persone non imputabili.²⁹

Inoltre, la responsabilità per il danno cagionato dall'incapace si basa sul rapporto di sorveglianza intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto. Riguardo a questa fattispecie, quale la suddetta riguardante della responsabilità del *paterfamilias*, emerge anche la considerazione del dovere della sorveglianza sull'incapace come una delle vie attraverso le quali viene introdotta una valutazione della colpa del sorvegliante. Nei secoli successivi, in particolare sotto l'influenza del giusnaturalismo, questa considerazione sembra diventare la teoria corrente nell'interpretazione della responsabilità del sorvegliante per il fatto dell'incapace. Tale considerazione, tuttavia, tralascia il rapporto di sorveglianza tra il sorvegliante e l'incapace come base della responsabilità, considerandone solo l'aspetto operativo, cioè la sorveglianza. Questa è pertanto una prospettiva che ha certamente distorto la natura della responsabilità, non riuscendo altresì a spiegarne il fondamento.

3. La fattispecie della responsabilità per fatto altrui (III): la responsabilità dei *nautae, caupones, stabularii*

A. Premessa

Nel diritto romano si contempla il caso di un danno cagionato da persone libere o servi, anche non propri, impiegati dagli armatori per far navigare le navi, o dai locandieri e dai titolari delle stazioni di cambio degli animali per lavorare nelle locande o nelle stazioni di cambio; ove i soggetti ricordati abbiano commesso il furto o cagionato il danno a passeggeri delle navi od ospiti delle locande o delle stazioni di cambio degli animali durante il lavoro, si applicano le *actiones furti et damni in factum adversus nautas caupones stabularios* predisposte dal pretore, in base alle

²⁹ Schipani S., *Leggere i Digesti di Giustiniano, fondare il diritto: esempi di contributi al diritto odierno che possono derivare dalla rilettura dei Digesti in materia di responsabilità extracontrattuale*, 2009. Il frammento citato viene indicato come la radice dell'art. 2047 del Codice civile italiano del 1942 (Di Marzo, *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino, 1950).

quali gli armatori, i locandieri o i titolari della stazione di cambio degli animali devono assumersi la responsabilità per i delitti dei dipendenti. Queste azioni sono l'origine della responsabilità dei preponenti nel diritto civile,³⁰ e sono anche le fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui.³¹

a) La trattazione delle azioni negli scritti dei giuristi classici

Nel libro III delle *Res cottidianae* di Gaio, il frammento VI del titolo *De obligationibus, quae quasi ex contractu vel quasi ex delicto nascuntur* (=D.44,7,5,6) è dedicato alla trattazione generale delle *actiones furti et damni in factum adversus nautas caupones stabularios*. In questa parte, le azioni in esame, come le fattispecie tipiche di quasi delitti, sono brevemente trattate dopo la discussione delle azioni *de deiectis vel effusis* e *de positis aut suspensis*.³²

Oltre alla trattazione generale di Gaio, anche Ulpiano e Paolo forniscono importanti notizie e trattazioni più ampie e speciali con tre lunghi frammenti. Fra questi, nel titolo *Furti adversus nautas caupones stabularios* (*De Furtis*-E. XXIII) del libro XXXVIII di *Ad Edictum*, Ulpiano commentava l'*actio furti in factum adversus nautas caupones stabularios* (=D.47,5,1);³³ mentre per quanto concerne gli altri due frammenti, uno è il commentario di Paolo, il quale si trova nel titolo *In factum adversus nautas etc.* del libro XXII di *Ad Edictum* (=D.4,9,6),³⁴ e l'altro è quello di Ulpiano, nello stesso titolo *In factum adversus nautas etc.* del libro XVIII di *Ad Edictum* (=D.4,9,7).³⁵ In questi due frammenti, si tratta dell'*actio damni in factum adversus nautas caupones stabularios*, mescolata con la trattazione per l'*actio furti in factum* suddetta.

³⁰ I frammenti relativi citati vengono indicati come la radice dell'art. 2049 del Codice civile italiano del 1942 (Di Marzo, *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino, 1950).

³¹ Cfr. Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 632 s; ecc.

³² Lenel O., *Palingenesia Iuris civilis* (I), Leipzig, 1889, 260-261.

³³ Lenel O., *Palingenesia Iuris civilis* (II), Leipzig, 1889, 682.

³⁴ Lenel O., *Palingenesia Iuris civilis* (I), cit., 1012-1013.

³⁵ Lenel O., *Palingenesia Iuris civilis* (II), cit., 532.

b) La trattazione delle azioni nei codici di Giustiniano

Nella compilazione giustiniana, il frammento citato di Gaio è collocato nella parte V del titolo *De obligationibus et actionibus* del libro XXXIV del Digesto (D.44,7,5,6), in cui le azioni in esame, insieme con altre azioni, ad esempio le azioni *de deiectis vel effusis* e *de positis aut suspensis*, ecc., sono considerate come le fattispecie tipiche di quasi delitti. Questo collegamento della trattazione corrisponde all'antecedente collocazione sistematica delle *Res cottidianae*. Tale impostazione di Gaio era adottata anche dalle Istituzioni di Giustiniano (I.4,5,3) nel titolo *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*.

Inoltre, considerato che le *actiones furti et damni in factum adversus nautas caupones stabularios* concernono i delitti, ossia *furti* e *damni*, il frammento del commentario di Ulpiano era posto dai compilatori del Digesto nel titolo *Furti adversus nautas caupones stabularios* del libro XXXVII (D.47,5,1); mentre gli altri due frammenti erano posti nel titolo IX del libro IV del Digesto (D.4,9,6 di Paolo e D.4,9,7 di Ulpiano), che è dedicato alle *recepta nautarum cauponum stabulariorum*. Queste collocazioni nel Digesto corrispondono alle anteriori collocazioni sistematiche di *Ad Edictum* sia di Paolo sia di Ulpiano.

B. L'individuazione delle *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*: le azioni in questione erano quelle pretorie, con le quali gli armatori, i locandieri e i titolari della stazione di cambio degli animali erano tenuti verso le vittime sempre che il furto o il danno fosse stato commesso dai loro preposti.

a) L'*actio furti adversus nautas caupones stabularios*

Per individuare le fattispecie delle *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*, è meglio conoscere il contenuto originale dell'editto pretorio. Al riguardo, possiamo trovare una fonte per conoscere l'editto dell'*actio furti adversus nautas caupones stabularios* nel D.47,5,1 pr. di Ulpiano.

D.47,5,1 pr. (Ulpianus libro 38 ad edictum): *In eos, qui naves cauponas stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum quosve ibi habebunt furtum factum esse dicitur, iudicium datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset.*

Nei paragrafi seguenti, Ulpiano dava i suoi commenti, si veda:

1. *Navigandi autem causa accipere debemus eos, qui adhibentur, ut navis naviget, hoc est nautas.*

2. *Et est in duplum actio.*

3. *Cum enim in caupona vel in navi res perit, ex edicto praetoris obligatur exercitor navis vel caupo ita, ut in potestate sit eius, cui res subrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili experiri.*

4. *Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit.*

5. *Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat. Cur ergo non exercitor condemnetur, qui servum tam malum in nave admisit? Et cur liberi quidem hominis nomine tenetur in solidum, servi vero non tenetur? Nisi forte idcirco, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo vero suo ignoscendum sit ei quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit. Si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur.*

6. *Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa ibi sunt, item eorum, qui habitandi causa ibi sunt: viatorum autem factum non praestat. Namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur nec repellere potest iter agentes: inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praestare. In navi quoque vectorum factum non praestatur.*

L'autenticità del testo, in particolare riguardo ai *verba edicti*, è stata messa in dubbio da più parti. Secondo gli studiosi, nel D.47,5,1 pr., la prima parte non è completamente coerente con la seconda parte, cioè da "*sive furtum*" in poi, sia perché la seconda ha una costruzione diversa dalla prima: *factum sit* in luogo di *factum esse dicetur*; sia perché essa considera il solo *exercitor*, mentre nella prima parte si fa riferimento anche al *caupo* e allo *stabularius*.³⁶ Quindi, tutti gli studiosi ritengono che il testo di Ulpiano abbia subito un rimaneggiamento. Ma, questo rimaneggiamento non ha avuto il fine di creare alcun cambiamento sostanziale, dovendosi far risalire al tempo di Ulpiano, anche se non alle clausole edittali, tutto il contenuto sostanziale del passo.³⁷

Riguardo alla ricostruzione della seconda parte di D.47,5,1 pr., gli studiosi non arrivano a proposte unitarie. Secondo il Lenel, la clausola "*sive furtum ecc.*" sarebbe stata non nell'editto con cui venne promessa l'azione, ma nella formula donde i compilatori l'avrebbero tratta per completare goffamente l'editto.³⁸ Mentre l'Huvelin pensa che vi fossero già nella redazione dell'editto alcune imperfezioni derivanti dall'essere stati i *caupones* e gli *stabularii* aggiunti in un secondo momento ai *nautae*. Da ciò sarebbe derivata anche la necessità di aggiungere in proposizioni separate le condizioni proprie delle azioni relative alle tre diverse categorie. Ulpiano avrebbe commentato le tre proposizioni, relative alle tre categorie, separatamente: nei paragrafi 1-4 di D.47,5,1, le condizioni dell'azione *adversus nautas*; nel paragrafo 6 l'azione *adversus caupones*; agli *stabularii* dedicava una terza parte che i compilatori avrebbero tolta, giudicandola inutile, data la grande rassomiglianza con la situazione dei locandieri.³⁹

³⁶ Cfr. Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor—modelli culturali dell'attribuzione di rischio e regime della nozionalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino, 2002, 123 s.

³⁷ Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, 146.

³⁸ Lenel O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu einer Wiederherstellung*, Leipzig, 1927, 333 s. Cfr. Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 144-145.

³⁹ Huvelin, *Etudes d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, 121 ss. Cfr. Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 145.

Il Solazzi accoglie la maggiore parte della critica di Lenel, ma ritiene che l'editto avrebbe promesso l'*actio furti* solo contro il *nauta*, mentre l'albo pretorio avrebbe contenuto due formule: una contro il *nauta* (commentata da Ulpiano a partire da D.47,5,1,3) ed un'altra contro il *caupo* (commentata in D.47,5,1,6). Nessuna traccia vi sarebbe, nelle fonti genuine, dell'azione contro lo *stabularius*, il quale sarebbe stato messo in compagnia del *nauta* e del *caupo* solo nel diritto post-classico. Le parole *cauponas stabula* sarebbero state inserite nel D.47,5,1 pr. dai compilatori i quali da tale inserzione sarebbero stati poi obbligati a sopprimere le parole *navigandi causa*, che non potevano essere riferite agli albergatori e agli stallieri.⁴⁰

Per altro, secondo il De Robertis, l'*exercitor navis* rispondeva solo per il furto dei suoi marinai e non anche dei passeggeri, mentre i *caupones* e gli *stabularii* erano tenuti non solo per il fatto dei dipendenti ma anche per il fatto degli *inhabitatores*; inoltre, il primo aveva libertà di scelta dei passeggeri, mentre ai secondi era fatto divieto di respingere gli *iter agentes*. Secondo ciò, sia per la diversità dei motivi che determina il pretore ad intervenire nei confronti delle due categorie (*nautae* da una parte, *caupones* o *stabularii* dall'altra), sia per la diversa estensione della responsabilità stabilita per le due categorie in ordine alle persone del cui fatto erano chiamate a rispondere, il De Robertis giunge ad una conclusione del tutto differente dagli altri studiosi ricordati. Il pr. di D.47,5,1 deriverebbe da una *contaminatio* fra due differenti clausole edittali: una proveniente da un editto autonomo relativo ai *caupones* e agli *stabularii* e che costituirebbe la prima parte del testo di Ulpiano; l'altra proveniente da un editto sui *nautae* e di cui sarebbe espressione la seconda parte del passo di Ulpiano.⁴¹

Fra le critiche degli studiosi, poco probabile sembra l'ipotesi avanzata dal De Robertis, perché le sue ricostruzioni non soddisfano l'esigenza di vedere indicate specificatamente dall'editto anche le persone per il cui fatto sono responsabili i

⁴⁰ Solazzi S., *Appunti di diritto romano marittimo*, I. *Le azioni contro il nauta*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 506.

⁴¹ De Robertis, *Receptum nautarum*, Bari, 1952, 134 ss.

caupones e gli *stabularii*. Inoltre, inaccettabile è anche la ricostruzione del Solazzi, in quanto nel testo non si riesce a trovare alcun indizio per escludere lo *stabularius* dalla compagnia del *caupo*.⁴²

Riguardo ad altri due studiosi, il Lenel e l'Huvelin, le loro ricostruzioni concordano su due importanti conclusioni, cioè che l'editto fosse unico e riguardasse tutte le tre categorie. La differenza fra il pensiero dei due studiosi riguarda soltanto il modo in cui l'editto stesso era concepito: secondo il Lenel, l'*edictum repentinum* predisposto dal pretore sarebbe stato, in ordine alle persone per il cui fatto l'*exercitor* era chiamato a rispondere, molto generico. Alla luce dell'editto, per i tre diversi casi, cioè riguardo ai *nautae*, *caupones* e *stabularii*, la specificazione sarebbe avvenuta con gli schemi delle formule-tipo proposti dallo stesso pretore; mentre l'Huvelin ritiene che la specificazione con riferimento alle tre categorie fosse presente già nell'editto.

La soluzione del Lenel presenta maggiori indizi di probabilità. In realtà, il fatto che Ulpiano commenti in paragrafi separati la responsabilità delle tre diverse categorie non costituisce solida base all'ipotesi dell'Huvelin. Era naturale che il giurista prendesse in considerazione separatamente le diverse categorie, pur essendo esse previste assieme nell'editto e con un'unica e comprensiva clausola, la quale si riferiva sia al fatto degli *exercitores* sia al fatto dei loro dipendenti.⁴³

Nel commentario, il giurista commentava prima l'editto nelle sue varie parti con riferimento all'ipotesi più importante, che era senza dubbio quella relativa alla responsabilità dei *nautae* (D.47,5,1-5). L'*exercitor navis* rispondeva se aveva commesso il furto esso stesso (o ne era stato complice), nonché se il furto era stato commesso da coloro qui *adhibentur ut navis naviget* (D.47,5,1 pr. e 1). Non rispondeva, conseguentemente, del *factum vectorum* (paragrafo 6 e in fine).

Successivamente, sempre tenendo presente l'apposita formula proposta nell'albo,

⁴² Cfr. Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 147-149.

⁴³ Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 149-150.

passava a porre in evidenza le particolarità delle responsabilità del *caupo* e dello *stabularius* instaurando, all'occasione, paragoni con quella del *nauta* (D.47,5,1,6). Il *caupo* e lo *stabularius* rispondevano per il fatto proprio (o per la loro complicità), per il fatto di coloro che erano adibiti all'esercizio della *caupona* o dello *stabulum* nonché, ancora per il fatto di coloro *qui habitandi causa ibi erant*, cioè dei clienti abituali. Mentre sembra che non rispondessero per il *factum viatorum* (paragrafo 6 di D.47,5,1).

Dunque, Ulpiano nel suo commentario riportava in forma indiretta le diverse clausole dell'editto e le commentava tenendo presenti anche le formule. Però, il suo commento ha dovuto subire, ad opera dei compilatori giustinianeî o delle scuole postclassiche o di editori tardi, un lavoro di riassunzione e nello stesso tempo di completamento. A questo lavoro è dovuto il collegamento della seconda parte di D.47,5,1 pr. con la prima, cioè con il testo edittoale. A questo stesso lavoro è dovuta la menzione della *caupona* e del *caupo* nei successivi paragrafi 3 e 4. Allo stesso lavoro sono dovute ancora le alterazioni operate nei paragrafi 5 e 6 per trasformare la responsabilità oggettiva dei *nautae*, *caupones* e *stabularii*.⁴⁴

In paragone alle critiche e ricostruzioni degli studiosi suddetti, preferisco accettare la soluzione del Lenel nella presente tesi in considerazione della sua probabilità. Dunque, potremmo giungere ad alcune conclusioni riguardo all'editto pretorio dell'*actio furti in factum*: l'editto era uno solo e riguardava *nautae*, *caupones* e *stabularii*. Le categorie di persone del cui fatto gli *exercitores* rispondevano non erano specificatamente determinate nell'editto. L'editto predisposto dal pretore era repetino, dunque le categorie degli *exercitores* erano indicate nelle formule-tipo proposte nell'albo dallo stesso pretore sia per i *nautae*, sia per i *caupones* e *stabularii*. Inoltre, l'azione in esame portava alla condanna a pagare il doppio del valore delle cose rubate. La misura della pena, naturalmente, era prevista dall'editto nella sua ultima

⁴⁴ Cfr. Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 150-151.

parte ed è attestata da Ulpiano in D.47,5,1,2, cioè “*et est in duplum actio*”.⁴⁵

b) *L'actio damni adversus nautas caupones stabularios*

Per quanto riguarda l'*actio damni adversus nautas caupones stabularios*, la mancanza di qualsiasi notizia in merito e l'inesistenza, nel Digesto, di uno speciale titolo contenente le disposizioni relative all'*actio damni* (i frammenti 6 e 7 titolo 9 libro 4 del Digesto invece nel capitolo sui *recepta nautarum cauponum stabulariorum*) hanno fatto concludere agli studiosi che per l'*actio damni*, a differenza di quanto si è visto per l'*actio furti adversus nautas caupones stabularios*, non esistesse un editto speciale. Tale conclusione, dato lo stato delle fonti, sembra la più probabile.⁴⁶

Il Pampaloni ha perfino sostenuto che l'*actio damni adversus nautae caupones et stabularii* sia stata creata dai compilatori giustiniani, invece che dal pretore, e che quindi non esistesse quest'azione nel diritto classico. Questo studioso suppone che i testi di D.4,9 in cui si parla dell'*actio damni in factum*, si riferissero originariamente all'*actio furti in factum*, perché nei frammenti suddetti i commissari di Giustiniano avrebbero sostituito la locuzione «*in factum*» al termine «*furtum*» ed all'espressione «*furtum facere*» l'espressione «*damnum dare*». ⁴⁷

Ma il Messina Vitrano ritiene che l'opinione del Pampaloni è una mera congettura priva di fondamento, perché non solo non esiste nessuna prova delle volute sostituzioni, ma addirittura v'è un argomento fondamentale a conferma della

⁴⁵ Il Serrao, alla luce della clausola di Ulpiano, cioè “*servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat*”, ritiene che vi doveva essere, nell'editto, anche una clausola con la quale il pretore, per l'ipotesi in cui il convenuto avesse eccipito che il furto era stato commesso da un suo servo, prometteva di concedere al convenuto stesso la facoltà di *noxae dedere* il servo autore del fatto. Però, secondo il Fercia, per quanto concerne la previsione normativa edittole delle *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*, nell'unico frammento che riporta testualmente i *verba edicti*, in tema di *actio furti in factum* (D.47,5,1 pr.), non si riscontra alcun riferimento al 'regime' della nossalità, quantunque nel testo del commento figurino un'anodina discussione in merito (D.47,5,1,5). Quindi, nell'editto, non v'era la possibilità della nossalità. Cfr. Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor—modelli culturali dell'attribuzione di rischio e regime della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., 279 ss. Riguardo al problema della nossalità, esso sarà discusso ampiamente fra breve.

⁴⁶ Cfr. Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 155-159.

⁴⁷ Pampaloni M., *Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto (actiones furti utiles)*, in *Studi Senesi*, 17, 1900, 256 ss.

genuinità delle espressioni sospettate di interpolazione: i frammenti per l'*actio damni* appartengono rispettivamente ai libri 22 e 18 dei commentari all'Editto di Paolo e di Ulpiano, cioè ai libri dedicati dai due giuristi alla trattazione del *damnum iniuria datum*. Gli stessi giuristi trattavano invece del furto rispettivamente nel libro 39 di Paolo e nei libri 37 e 38 di Ulpiano; e nella stessa sede trattavano in particolare anche dell'*actio furti adversus nautas caupones stabularios*.⁴⁸

L'ipotesi del Messina Vitrano sembra probabile. Quindi, potremmo ritenere che l'*actio damni in factum adversus nautas caupones stabularios* sia classica. Essa, al pari della corrispondente *actio furti in factum* esaminata, fu creata dal pretore romano. Però, per l'*actio damni*, come già detto in precedenza, a differenza dell'*actio furti*, non esisteva un'editto speciale. Il pretore, invece, avrebbe previsto l'*actio damni* con il proporre, fra le formule delle *actiones in factum legis Aquiliae*, anche le formule ad essa relative.⁴⁹

Nonostante l'inesistenza dell'editto speciale, a causa degli stessi elementi costitutivi simili a quelli dell'*actio furti* suddetta, potremmo ritenere che l'*actio damni* riguardasse sia i *nautae* che i *caupones* e gli *stabularii*; essa è anche pretoria penale in *duplum*.

c) Riepilogo

In base all'analisi precedente, dunque, potremmo dare una definizione generale delle azioni in esame, cioè, le *actiones furti et damni in factum adversus nautas caupones stabularios* erano le azioni pretorie penali in doppio, con le quali gli armatori, i locandieri e i titolari della stazione di cambio degli animali erano tenuti verso gli interessati rispettivamente per il furto o il danno di cose trasportate sulla nave o depositate in locanda o nella stazione di cambio degli animali sempre che il

⁴⁸ Vitrano M., *Note intorno alle azioni «in factum» di danno e furto contro il «nauta», il «caupo» e lo «stabularius»*, Palermo, 1909, 5 ss.

⁴⁹ Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 159.

furto o il danno fosse stato commesso: sulla nave dallo stesso armatore o dal personale adibito al servizio della navigazione; in locanda dallo stesso locandiere, dagli addetti ai servizi o dagli abitanti permanenti; nella stazione di cambio degli animali dallo stesso titolare o dai suoi dipendenti.

C. Le individuazioni dei responsabili e degli autori del fatto sono compiute sulla base delle posizioni che si occupano.

Secondo l'analisi suddetta, il pretore indicava tre tipi di soggetti come responsabili: gli armatori, i locandieri, i titolari di stazione di cambio degli animali. Essi sono responsabili rispettivamente per il furto o il danno di cose trasportate sulla nave o depositate in locanda o nella stazione di cambio degli animali. Questa indicazione era accolta dalle Istituzioni di Giustiniano. In I.4,5,3, era indicato che "*item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo⁵⁰ aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur ...*"

Corrispondente ai responsabili ricordati, gli autori del fatto siano le persone impiegate per l'esercizio della nave, della locanda o della stazione di cambio degli animali, incluse i liberi e i servi.⁵¹ Al riguardo, Ulpiano e Paolo davano spiegazioni più precise.

L'autore del fatto nella nave deve avere la posizione di marinaio che è la persona impiegata dall'armatore per servizio della navigazione (D.47,5,1,1). Invece, se l'autore del fatto è un passeggero senza la posizione di marinaio, l'armatore non è tenuto alla responsabilità per il fatto dell'autore (D.47.5.1.6).

Inoltre, Paolo indicava anche un caso speciale nel D.4,9,6,1: *si servo meo in nave vel in caupona utaris et damnum mihi det vel furtum faciat, quamquam et furti actio et*

⁵⁰ *damno* Gai 3 *aur.* D.44,7,5,6.

⁵¹ Secondo la definizione suddetta, gli autori del fatto potrebbero essere gli armatori, i locandieri o i titolari di stazione di cambio degli animali. In questo caso, la responsabilità è quella per fatto proprio. Pertanto, non è discusso nella presente tesi.

damni iniuria mecum sit, haec tamen actio, quia in factum est, etiam servi mei nomine adversus te competit. In tal caso, malgrado il servo sia di un proprietario, l'*actio in factum* va ancora data contro l'armatore, perché questo servo altrui ha una posizione speciale, ovvero è dipendente dell'armatore.

Tuttavia, nel caso di danno tra i soggetti con la posizione di marinaio, nel D.4,9,7,2 Ulpiano indicava: *sed si quid nautae inter se damni dederint. Hoc ad exercitorem non pertinet. Sed si quis sit nauta et mercator, debiti illi dari: quod si quis quos volgo nautepibatas dicunt, et huic tenebitur, sed huius factum praestat, cum sit et nauta.* Poiché lo scopo delle azioni è la protezione dello sviluppo commerciale e della sicurezza dei traffici transmarini, i passeggeri e i mercanti sono gli oggetti di protezione delle azioni, il danno tra i marinai non concerne l'interesse di protezione delle nostre azioni, quindi l'armatore non è tenuto alla responsabilità di danno tra i marinai.

Tuttavia, per quanto riguarda il presupposto della posizione di marinaio, c'è una eccezione, cioè il caso indicato da Ulpiano nel D.4,9,7,3: *Si servus nautae damnum dederit, licet servus nauta non sit, aequissimum erit in exercitorem actionem utilem dare.* In questo caso, sebbene l'autore del fatto non sia il marinaio ma il servo del marinaio, in considerazione di equità, l'armatore è ancora il responsabile per il fatto del servo in base all'azione utile.

In sintesi, l'individuazione, sia del responsabile sia dell'autore del fatto, è compiuta sulla base della posizione che si occupa. Vale a dire, i responsabili non sono altro che i soggetti aventi le posizioni di armatore, locandiere, titolare di stazione di cambio degli animali, mentre gli autori del fatto sono le persone impiegate dai responsabili suddetti. Dunque, fra loro esiste il rapporto di preposizione, secondo il quale il responsabile può dirigere, controllare, vigilare ed avvalersi dell'autore del fatto.

D. La responsabilità in esame si basa sul rapporto di preposizione tra il responsabile e l'autore del fatto.

In questa fattispecie, i dipendenti commettono il furto o il fatto dannoso a passeggeri delle navi o ad ospiti delle locande o delle stazioni di cambio degli animali durante il lavoro di impiego. Ovviamente, il danno delle vittime è arrecato dagli autori dei delitti con colpa in quanto essi hanno la capacità di intendere e di volere. Però, lasciando l'imputazione agli autori del fatto, le *actiones furti et damni in factum* sono state create dal pretore contro gli armatori, i locandieri e i titolari delle stazioni di cambio degli animali, i quali non hanno commesso i delitti. Queste azioni, fermando l'attenzione sulla lesione dell'interesse subita dalle vittime e sull'apprezzamento dell'interesse stesso come meritevole di essere reintegrato, si basano sul rapporto di preposizione tra i responsabili e gli autori del fatto. Conseguentemente, i giuristi classici prendevano le mosse da elementi oggettivi nella costruzione della fattispecie: l'esistenza di un danno, il fatto illecito dell'autore del fatto, la posizione del responsabile, ecc.

a) L'interpretazione nel diritto classico: *suo periculo adhibuerit*

Nel D. 4,9,7 pr., Ulpiano dava l'interpretazione ulteriore per il rapporto di preposizione come il fondamento della responsabilità dell'armatore: *Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit. Sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum si extra navem licet a nautis, non praestabit. Item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.*

In questo frammento, Ulpiano indicava che l'armatore deve rispondere per il fatto dei suoi marinai, indistintamente liberi o servi, in quanto egli li adibe ai servizi della navigazione a suo pericolo. Per di più, quest'interpretazione era provata dalle parole successive sul limite della responsabilità dell'armatore. Cioè, se il danno non è stato

cagionato sulla stessa nave, l'armatore non risponde; altresì, se esso è cagionato dai marinai, ma al di fuori della nave, egli ugualmente non ne risponde.

Alla luce dell'interpretazione di Ulpiano, possiamo ritenere che, in base al rapporto di preposizione tra il responsabile e l'autore del fatto, si risponde dei danni verificatisi nell'ambito di una sfera economica della cui gestione o del cui godimento essi sono titolari.⁵² Cioè, basandosi sul rapporto di preposizione, l'armatore si avvale del lavoro del dipendente, ma al contempo quest'appropriazione aumenta la possibilità del fatto dannoso del dipendente verso terzi. Il pericolo è derivato dal rapporto di preposizione, pertanto l'armatore è il responsabile, in base al suddetto rapporto, del danno cagionato dal dipendente. Per di più, nave è l'ambito di una sfera economica della gestione o del godimento dell'armatore, e il pericolo, ossia il fatto illecito del dipendente, si è verificato nell'ambito suddetto, perciò, l'armatore è tenuto a risarcire il danno della vittima.

Del resto, rifiutato qualsiasi criterio soggettivo, il fondamento della responsabilità si ravvisa nel criterio oggettivo a spingere i Romani a trasferire il danno, sempre che la traslazione sia in qualche modo e in qualche misura possibile, sull'autore vero del fatto. I mezzi per raggiungere questo scopo infatti sono i più diversi secondo i casi e le occasioni. Ad esempio, nelle azioni in esame, è concessa all'*exercitor* la cessione delle azioni civili di danno o di furto contro l'autore del fatto da parte del danneggiato che agisce contro di lui con l'*actio in factum furti* o *damni*,⁵³ ecc. Tramite questi mezzi, mentre dal punto di vista strettamente giuridico salvano il salvabile del principio della personalità della pena, dal punto di vista economico sostanziale cercano di far ricadere il danno su chi lo ha prodotto.

Insomma, in questa fattispecie, il danno delle vittime è arrecato dai delitti dei

⁵² Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 102.

⁵³ D.4,9,6,4 (*Paulus libro 22 ad edictum*): *Possumus autem furti vel damni iniuriae actione uti cum nautis, ut certi hominis factum arguamus: sed una contenti esse debemus, et si cum exercitore egerimus, praestare ei debemus actiones nostras, quamvis ex conducto actio adversus eos competat exercitori. Sed si absolutus sit exercitor hac actione, deinde agatur cum nauta, exceptio dabitur; ne saepius de eiusdem hominis admissio quaeratur. Et contra, si de admissio unius hominis actum sit, deinde in factum actione agatur, exceptio dabitur.*

dipendenti con la colpa propria. Però, allo scopo della tutela delle vittime, gli armatori, i locandieri e i titolari di stazione di cambio degli animali, sono tenuti alla responsabilità oggettiva per il fatto illecito dei dipendenti in base ai rapporti di preposizione con gli autori del fatto.

b) Nel diritto giustiniano, l'*exercitor* è tenuto alla responsabilità del danno cagionato dal dipendente in base all'*aliquatenus culpa*, con cui si intende come la *culpa in habendo*.

I.4,5,3: *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo (damno) aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.*

Con questo frammento, i giuristi giustiniani indicavano che l'*exercitor* è tenuto alla responsabilità del danno cagionato dal dipendente in base all'*aliquatenus culpa* perché *opera malorum hominum uteretur*.⁵⁴ Quest'interpretazione della *culpa* sembrerebbe porsi in una contraddizione con il criterio oggettivo, come si è visto, evidenziato dall'Ulpiano in D.4,9,7 pr. Dunque, come capire questa *aliquatenus culpa* nelle Istituzioni di Giustiniano? Tra i giuristi c'è polemica:

⁵⁴ Peraltro, nel Digesto di Giustiniano emergono anche indubbi riferimenti alla *culpa* dell'*exercitor* quale criterio di responsabilità per fatto altrui nei frammenti dei giuristi del periodo classico, ad esempio, Ulpiano. Si veda: D.47,5,1,5 (*Ulpianus libro 38 ad edictum*): *Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat. Cur ergo non exercitor condemnatur, qui servum tam malum in nave admisit? Et cur liberi quidem hominis nomine tenentur in solidum, servi vero non tenentur? Nisi forte idcirco, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo vero suo ignoscendum sit ei quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit. Si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur.* D.4,9,7,4 (*Ulpianus libro 18 ad edictum*): *Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur; culpa scilicet suae qui tales adhibuit: et ideo et si decesserint, non relevabitur. Servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenentur: nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit.* Questi frammenti con riferimento alla *culpa*, secondo i giuristi, sono dovuti ai lavori dell'interpolazione dei compilatori. Cfr. Fercia R., *Criterio di responsabilità dell'exercitor*, cit., 93 ss; Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 150 ss.

(I) La *culpa in eligendo*

Alcuni giuristi inquadrano questa *aliquatenus culpa* nell'alveo della '*culpa in eligendo*', ove si fa riferimento ad una vera e propria colpa, oggetto di autonomo accertamento dinanzi al giudice, in quanto violazione della *diligentia* del *bonus paterfamilias* concretatesi in una cattiva *electio* dei collaboratori.⁵⁵

Come è noto, la dottrina romanistica tendenzialmente ravvisa nella '*culpa in eligendo*' un'istituto di solito ascritto ad ambienti postclassici e giustiniane.⁵⁶ Si contestualizzerebbe, a livello di politica del diritto, in una giustificazione di una responsabilità 'oggettiva', rilevante quale criterio di responsabilità nell'alveo di quella che ad alcuni appare una sorta di una colpa che sorgerebbe in occasione dell'impiego di soggetti che si rivelino *mali homines*. Per altro verso, la dottrina ha ravvisato in questa espressione un criterio di responsabilità soggettiva vera e propria, ascrivibile alla più tarda esperienza giuridica romana, radicato su una violazione della *diligentia* del *bonus paterfamilias*, che verserebbe in una *culpa* ogni qual volta la sua condotta concreti una cattiva *electio* del personale di cui si avvale.⁵⁷

In questo frammento, si afferma che l'*exercitor* sembra esser tenuto quasi da delitto soltanto se egli non ha commesso alcun delitto, ma lo abbia invece commesso il suo dipendente addetto all'esercizio dell'impresa. Il *quasi ex maleficio teneri* si fa coincidere con i casi di responsabilità per fatto altrui, rimanendo così saldamente fermi alla concezione classica della responsabilità dei personaggi sul fondamento di criteri oggettivi. Nella seconda parte del frammento, il discorso sulla responsabilità degli *exercitores* prosegue con un'altra motivazione, la quale è in netto contrasto letterale e logico con la prima, e cerca di ricollegare la responsabilità dell'*exercitor quasi ex maleficio* ad un criterio soggettivo di negligenza e imprudenza, affermando

⁵⁵ Betti E., *Istituzioni di diritto romano* (I), cit., 522-523; Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 108 ss.

⁵⁶ Geofferey Mac Cormack, *Culpa in eligendo*, in *REVUE Internationale des Droits De L'antiquité* (XVIII), 1971, 525.

⁵⁷ Fercia R., *Criterio di responsabilità dell'exercitor*, cit., 16.

che egli “... *cum...aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur*”. Con ciò si distrugge tutto quanto si era detto prima. Così il *teneri quasi ex maleficio* non è più identificato con l’essere tenuto responsabile per un delitto altrui, bensì con l’essere reo di *culpa*, per avere adibito al servizio dell’impresa uomini cattivi. Insomma, secondo l’osservazione del Serrao, in I.4,5,3 si scontrano due diverse concezioni, fra le quali v’è un abisso: la prima si muove nell’ordine di idee dell’ordinamento e del pensiero giuridico romano repubblicano, in quanto è coerente con un sistema di responsabilità dei personaggi sulle basi oggettive, invece, la seconda è espressione di un sistema di responsabilità fondato sulla colpa.⁵⁸

Del resto, riguardo alla significativa incongruenza nei frammenti citati di Ulpiano, il Serrao ritiene che essa è il prodotto di interpolazione dei compilatori. Nella compilazione giustiniana, al criterio oggettivo di terminazione della responsabilità si cerca di sostituire, in modo più o meno esplicito, mediante l’aggiunta di finali che subito tradiscono la seconda mano, o attraverso l’inserzione di incisi che spesso rimangono stravaganti, il criterio della *culpa in eligendo* o *in vigilando*. In tal modo, attraverso la creazione delle più sottili presunzioni di colpa, la responsabilità per fatto altrui viene trasformata in base alla colpa propria. E tutto questo rende comprensibile come nella compilazione la responsabilità *quasi ex delicto* non potesse che essere tendenzialmente identificata con la responsabilità colposa. Si tratta di un fenomeno di osmosi, inveratosi quasi meccanicamente.⁵⁹

(II) La *culpa in habendo*

Invece, il Fercia propone che *aliquatenus culpa* deve essere considerata come la *culpa in habendo*, ove si fa riferimento ad una mera soggettivizzazione di una responsabilità oggettiva, fondata su un’attribuzione di rischio ‘soggettivizzata’ cui resta, pertanto, estranea una valutazione della condotta in ordine ad un’eventuale

⁵⁸ Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale*, cit., 109-111.

⁵⁹ Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale*, cit., 111-112.

cattiva *electio* dei collaboratori. In sostanza, dunque, quest'ipotesi concreta una responsabilità oggettiva che nelle fonti appare 'mascherata' da riferimenti più o meno espliciti alla *culpa*.⁶⁰

Secondo il Fercia, *aliquatenus culpa* dell'*exercitor* in I.4,5,3 si radica in una dimensione ermeneutica, propria della cultura del VI secolo, che pare davvero espressione di una seria "crisi culturale" nella enucleazione di precisi modelli comportamentali, suscettibile di riverberarsi nell'individuazione, per così dire, di un parametro ideologico-culturale di valutazione della condotta dell'*exercitor*, che deve essere in un certo qual modo colposa ove risponda per fatto altrui.⁶¹ Pertanto, l'*exercitor* non può non versare in quell'*aliquatenus culpa* che, in fin dei conti, maschera una responsabilità oggettiva. Dunque, la *culpa in habendo* che affiora in I.4,5,3 rappresenta la soggettivizzazione di un criterio classico di responsabilità oggettiva. Nella cultura bizantina si palesa da un punto di vista tecnico come criterio di responsabilità e, da un punto di vista giuspolitico, comunque considerato sussistente in base al dato ineliminabile del *malorum hominum opera uti*.

Però, il Fercia indica che non vi è una distanza significativa tra *malorum hominum opera uti e suo periculo adhibuerit* ricordato da Ulpiano nel D.4,9,7 pr. secondo il quale la responsabilità si basa sul pericolo di avvalersi dei dipendenti. Poiché, *uti* ed *adhibere* sono in fin dei conti sinonimi ed esprimono *tout court* il dato di avvalersi di propri dipendenti per la gestione dell'impresa. Gli *antecessores* tendono a soggettivizzare la classica costruzione della responsabilità quale pura attribuzione di rischio, che da criterio puramente oggettivo diviene un elemento che sembra contenere in sé un *quid* riprovevole che dà ragione di una responsabilità in quanto permeata, in fin dei conti, di *aliquatenus culpa*.

La descrizione dell'istituto contenuta in I.4,5,3, quindi, lungi dal far riferimento a due motivazioni diverse e tra loro incompatibili, e senza che ciò dia luogo ad un netto

⁶⁰ Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 16.

⁶¹ Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 87 ss.

contrasto letterale e logico, è in sé coerente: tutto il frammento fa riferimento ad un'ipotesi di responsabilità soggettivizzata. In questa prospettiva storica, non può dirsi che tra il criterio classico del *suo periculo adhibere* e quello giustiniano del *malorum hominum opera uti* possa ravvisarsi un abisso. In altre parole, la responsabilità dell'*exercitor*, fondata sui criteri oggettivi nel corso dell'intera esperienza giuridica romana, è sentita nel diritto classico come una responsabilità senza colpa, laddove gli ambienti bizantini e, forse, già postclassici, concepiscono quello stesso pericolo come una particolare responsabilità per colpa.

In questo senso, il Fercia esclude che tra la prima e la seconda parte di I.4,5,3 possa ravvisarsi, come suppone il Serrao, il segno di uno scontro culturale tra il pensiero dei classici e quello dei giuristi giustiniani, ove si consideri che un elemento di continuità è costituito, invece, dal perpetuarsi della concezione della responsabilità come rischio dell'attività, che deve sempre considerarsi un tendenziale fondamento del *teneri* dell'*exercitor*, semmai, può rilevarsi come giochino nella valutazione di questo fondamento modelli culturali diversi, che è possibile forse distinguere se si tiene presente il particolare rilievo che assume il problema della colpa e del suo particolare carattere.⁶²

Inoltre, contrariamente a quanto sostiene il Serrao, che non distingue il criterio soggettivo vero e proprio (la *culpa in eligendo*) da quello che, invece, rappresenta la mera 'soggettivizzazione' di una responsabilità 'oggettiva' (la *culpa in habendo*), attraverso l'esame delle fonti, il Fercia evidenzia che gli ambienti bizantini avessero una certa consapevolezza della tendenziale distinzione tra un criterio soggettivo di responsabilità, come la *culpa in eligendo*, ed uno meramente soggettivizzato quale la *culpa in habendo*. L'autore afferma che la *culpa in eligendo* si radica su una condotta personale e riprovevole, dato che in tal caso il fatto illecito del sottoposto non determina di per sé la responsabilità del debitore, che appare subordinata alla valutazione, devoluta all'apprezzamento del giudice, della scelta dell'ausiliare che

⁶² Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 90 ss.

provoca danno e dunque della condotta solutoria in un momento che cronologicamente precede il fatto illecito dell'ausiliare. Quando invece le fonti si esprimono nel senso della *culpa in habendo*, la responsabilità è costituita dal solo fatto del verificarsi dell'illecito ad opera dell'ausiliare, presumendosi automaticamente l'*aliquatenus culpae* in capo al debitore.⁶³

Però, i confini tra la *culpa in eligendo* e la *culpa in habendo*, sottolineati dal Fercia, non paiono definiti in termini rigorosi: le fonti considerano *culpa in eligendo* anche la condotta del soggetto che, pur consapevole dell'inidoneità degli ausiliari, ha cionondimeno perseverato nell'avvalersene. La *culpa in habendo*, in questi casi, per così dire "*si dilata*" a fatto proprio in senso tecnico.⁶⁴

c) Riepilogo: nel corso dell'intera esperienza giuridica romana, basandosi sui criteri oggettivi, la responsabilità dei *nautas caupones stabularii* per i delitti dei dipendenti è sempre quella oggettiva.

Fra le interpretazioni del Serrao e del Fercia, tralasciando le differenze, potremmo condividere la concordanza su importante conclusione: nel diritto classico ed a livello di *ius honorarium*, il pretore, allo scopo della tutela dell'interesse delle vittime, crea con le *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios* un criterio d'imputazione della responsabilità per la gestione d'impresa basato sul *periculum* e suscettibile di fare a meno della *culpa*. In questo caso, i giuristi classici non sentono necessaria, nella loro visione culturale, alcuna indagine sulla condotta del soggetto cui le norme edittali riconducono una responsabilità oggettiva. Però, nel diritto giustiniano, sorge insieme con un'esigenza di sistematizzazione anche una prospettiva interpretativa che tende a far largo e sistematico uso della *culpa* quale principale ragione di responsabilità, anche laddove il diritto classico ne fa a meno. Dunque, la responsabilità dei *nautae, caupones, stabularii* nel diritto giustiniano,

⁶³ Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 50 ss.

⁶⁴ Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 84.

avvicinandosi alla considerazione della colpa del responsabile, devia man mano dalla direzione originale del diritto classico.

Ma riguardo alla natura della *culpa* sorta nel campo della responsabilità degli armatori, dei locandieri, dei titolari di stazione del cambio degli animali nel diritto giustiniano, il Serrao sostiene che essa è la *culpa in eligendo*, la quale è una vera e propria colpa radicata su una violazione della *diligentia* del *bonus paterfamilias* concretatesi in una cattiva *electio* dei collaboratori; invece, il Fercia insiste che essa è la *culpa in habendo*, la quale è una mera soggettivizzazione di una responsabilità oggettiva in cui resta estranea una valutazione della condotta in ordine ad un'eventuale cattiva *electio* dei collaboratori.

Nella presente tesi, preferisco accogliere l'opinione del Fercia. In età postclassica e giustiniana, il ruolo unificante del criterio della *culpa* allarga la sua area, in modo comunque non rigido. Dall'espansione della *culpa*, è derivata una consequenziale ristrutturazione di tutte le caratteristiche particolari della fattispecie in esame.⁶⁵ In tale contesto, la responsabilità dei *nautas caupones stabularii* per i delitti dei dipendenti, secondo i compilatori giustiniani, deve essere in un certo qual modo colposa. Dunque, nei frammenti del diritto giustiniano, in particolare in I.4,5,3, emerge l'*aliquatenus culpa* per interpretare la responsabilità dei *nautas caupones stabularii* per i delitti dei dipendenti.

Secondo I.4,5,3, il criterio dell'*aliquatenus culpa* è il *malorum hominum opera uti*. Ma tale criterio giustiniano, in buon sostanza, non ha una grande differenza con quello classico del *suo periculo adhibere* in quanto tutte e due espressioni indicano il dato di avvalersi di propri dipendenti per la gestione dell'impresa.⁶⁶ Quindi, la responsabilità dell'*exercitor*, basandosi sul rapporto di preposizione nel corso dell'intera esperienza giuridica romana, è sentita nel diritto classico come una responsabilità senza colpa, laddove i giuristi giustiniani concepiscono quello stesso

⁶⁵ Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 57, 108.

⁶⁶ Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 90 ss.

pericolo come una particolare responsabilità per colpa. Dunque, l'*aliquatenus culpa* emersa in I.4,5,3 deve essere considerata come la *culpa in habendo*.

Nel campo della responsabilità dei *nautas caupones stabularii* per i delitti dei dipendenti, dobbiamo distinguere la *culpa in eligendo* dalla *culpa in habendo*. Il primo concetto si radica su una condotta personale e riprovevole, dato che in tale caso il fatto illecito del sottoposto non determina di per sé la responsabilità del debitore, che appare subordinata alla valutazione, devoluta all'apprezzamento del giudice, della scelta dell'ausiliare che provoca danno e dunque della condotta solutoria in un momento che cronologicamente precede il fatto illecito dell'ausiliare. Quando invece le fonti si esprimono nel senso della *culpa in habendo*, la responsabilità è costituita dal solo fatto del verificarsi dell'illecito ad opera dell'ausiliare, presumendosi automaticamente l'*aliquatenus culpa* in capo al debitore.

Riguardo alla colpa emersa in D.44,7,5,6 (=I.4,5,3); D.47,5,1,5; D.4,9,7,4 e in D.47,5,1,6 e D.4,9,6,3⁶⁷, non possiamo considerarla come la *culpa in eligendo*. In realtà, in questi frammenti, l'armatore deve assumersi la responsabilità per il delitto del dipendente in base al *malorum hominum opera uti*. Peraltro, oltre a rispondere al fatto illecito del dipendente, il locandiere è anche responsabile per il fatto di tutti coloro che hanno residenza nella locanda, perché prima di concedergli la residenza, egli deve scegliere l'abitante attraverso l'indagine su chi questi sia. Se l'abitante permanente è una persona cattiva, il locandiere può mandarla via, altrimenti, egli deve assumere la responsabilità per il fatto del medesimo secondo la stessa ragione—*malorum hominum opera uti*. Però, il locandiere non è responsabile per il fatto del viandante, perché non può respingere i viandanti tramite una selezione. Secondo la stessa ragione, nella nave pure non v'è responsabilità per quelli che vengono trasportati.

Insomma, nel corso dell'intera esperienza giuridica romana, la responsabilità dei

⁶⁷ D.4,9,6,3 (*Paulus libro 22 ad edictum*): *In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui hospitio repentino recipitur; veluti viator.*

nautas caupones stabularii per i delitti dei dipendenti è fondata sul rapporto di preposizione tra i responsabili e gli autori del fatto in considerazione di *periculum*. Essa è sentita nel diritto classico come una responsabilità senza colpa, laddove gli ambienti bizantini concepiscono quello stesso *periculum* come una particolare responsabilità oggettiva che nelle fonti appare mascherata da riferimenti più o meno espliciti alla *culpa*. Tale concezione giustiniana costituisce il fondamento esteriore e formale, mentre in realtà resta estraneo alla sua intima ragione di essere, e non dà vita a nessuna parte del suo organismo. Questa differenza, ricevuta dal Codice Napoleone, ecc., risulta chiara dal ricorso delle presunzioni della responsabilità dei padroni e dei committenti, che sono le grucce su cui il principio della colpa si regge e, zoppicando, fa la sua strada.⁶⁸

E. L'affievolimento delle caratteristiche penali delle *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*: le nostre azioni sono più concentrate sul risarcimento del danno della vittima, piuttosto che alla punizione per la colpa (o dolo) del responsabile.

Le azioni penali, nascenti dalle *obligationes ex delicto*, come è noto, presentano delle caratteristiche comuni generalmente individuate nella nossalità, come alternativa fra pagamento della pena e consegna dell'autore del delitto commesso da una persona sottoposta alla potestà di altri; nella solidarietà cumulativa, cioè, se il fatto è stato commesso da più persone in concorso fra loro, l'obbligazione sorge a carico di ciascuna persona per l'intera somma di denaro, e il pagamento da parte di una non estingue l'obbligazione dell'altra; nell'intrasmissibilità passiva nei confronti degli eredi del reo.⁶⁹ Tutte queste caratteristiche sono coerente espressione di una continuità fra la pena corporale e l'obbligazione avente per oggetto la pena pecuniaria, che si definisce, appunto, nel rimanere primariamente personale;⁷⁰ collegata alla

⁶⁸ Venezian G., *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni* (I), Roma, 1918, 98.

⁶⁹ Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 618 s.

⁷⁰ 'Pena' indica la somma di denaro che il reo pagava in luogo della sanzione corporale sulla sua persona; con questo pagamento il reo estingueva la sua responsabilità per il reato commesso.

riprovevolezza sociale nei confronti di un reo; ‘punizione’ per una sua colpa (o dolo), anche se certo, proprio in rapporto alla legge Aquilia, a questo profilo sembra si affianchi la problematica della ripartizione dei danni fra i consociati.⁷¹

Gli effetti delle *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios* erano equiparati a quelli delle fattispecie fondate sulla legge Aquilia: esse, cioè, erano fonti di obbligazioni ad una pena, ossia per una somma di denaro. Dunque, le nostre azioni avrebbero sempre le caratteristiche comuni suddette. Però, le caratteristiche penali si affievoliscono nelle azioni in esame. Infatti, le *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*, come già analizzate in precedenza, erano costituite dall’esigenza di assicurare il risarcimento al danneggiato. Questa funzione sostanziale di risarcimento, nonché la ripugnanza dell’ordinamento giuridico e della coscienza sociale a condurre alle estreme conseguenze il carattere penale di azioni che si dirigevano contro soggetti diversi dagli autori del delitto, incidevano sulla configurazione giuridica delle azioni stesse facendo sì che esse non riuscissero a mantenere due fra le tre caratteristiche fondamentali delle azioni penali, cioè, la nossalità e la cumulatività, mentre è precisamente attestata l’intrasmissibilità passiva.⁷²

a) La nossalità

In generale, la soluzione tradizionale è intesa nel senso di ammettere la possibilità della *noxae deditio*, in ragione del carattere penale dell’azione, onde l’*exercitor* può liberarsi dal suo obbligo dando il servo a noxa. Dunque, le *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios* sarebbero sempre *noxales*. Per di più, nel Digesto figurano testi (D.4,9,7,4 e D.47,5,1,5) invero emerge la possibilità per

⁷¹ Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 141.

⁷² Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale*, cit., 104. Oltre alla nossalità e alla cumulatività, possiamo anche osservare che le nostre azioni non possono essere considerate vere azioni penali in quanto la responsabilità può essere completamente esclusa mediante un patto. Nel D.4,9,7 pr., Ulpiano indicava che, se l’armatore aveva preannunciato, per lo più mediante avviso affisso sulla nave, che egli non avrebbe risposto dei danni alle cose trasportate, e se tale avviso di esonero da responsabilità era stato in qualsiasi modo accettato dai passeggeri, egli non poteva essere convenuto con l’*actio*.

l'*exercitor*, chiamato a rispondere con le *actione in factum*, di liberarsi per il tramite dell'abbandono nossale del proprio servo autore dell'illecito.

Però, il Serrao ha proposto una impostazione diversa del problema, suscettibile di condurre al significativo riesame di una prospettiva consolidata. Innanzitutto, lo studioso ritiene di dover distinguere le due ipotesi fondamentali ricordate: uno è il caso della responsabilità dell'*exercitor*, ove sia un soggetto *sui iuris*, per il *delictum* di un suo sottoposto; altro è il caso della responsabilità del *dominus* di un *exercitor* che, in ipotesi, sia un *servus* o, al limite, un *filius*, ove sia stato commesso un *delictum* nella *navis*, nella *caupona* o nello *stabulum* gestiti da quest'ultimo senza intervento della *voluntas* del *dominus* o *pater*.⁷³

Per quanto concerne la prima ipotesi, il Serrao è propenso a ritenere applicabile la *noxae deditio* a queste *actiones*. Però, sorge una difficoltà, cioè, a differenza di quanto si riscontra per l'*actio ex lege Aquilia* e l'*actio furti* del *ius civile*, in cui il *dominus* dello servo autore del fatto è convenuto nel giudizio nossale *servi nomine*, con le *actiones in factum* l'armatore è convenuto sempre *suo nomine* in forza di una responsabilità oggettiva. Al riguardo, lo studioso ritiene di poterla risolvere attraverso una intuizione risalente al Lenel.⁷⁴ Secondo il Serrao, dunque, ove l'*exercitor* sia una persona libera e *sui iuris*, il regime della nossalità sarebbe regolato dalla '*exceptio noxalis*' la quale, non ponendosi come canonica condizione negativa della condanna, consentirebbe al convenuto di liberarsi con l'abbandono nossale del suo servo ausiliare autore del fatto illecito. In altri termini, il regime della nossalità troverebbe applicazione, per così dire, *iure exceptionis*.⁷⁵ Nella seconda ipotesi, invece, il Serrao esclude che le *actiones in factum* possano essere esperite *noxaliter* in quanto il *servus* rispondeva al *dominus* entro i limiti del peculio, a meno che il *delictum* fosse stato posto in essere proprio dall'*exercitor servus*: solo in quest'ultimo caso sarebbe

⁷³ Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 104 ss.

⁷⁴ Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 163.

⁷⁵ Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 163 ss., e 235 s.

soggetto all'abbandono nossale.⁷⁶

Poi, nel diritto giustiniano della prospettiva culturale della '*culpa in eligendo*', il Serrao ravvisa un'incompatibilità logica e ideologica tra una costruzione di responsabilità che farebbe riferimento, in fin dei conti, a un fatto proprio dell'imprenditore, e l'applicabilità del regime della nossalità. A suo avviso, infatti, l'ipotesi di un'interpolazione giustiniana, diretta ad affermare *ex novo* la responsabilità nossale dell'*exercitor* per il fatto commesso da un suo servo, sarebbe stata in netta contraddizione con una precisa concezione accolta nel *Corpus iuris*: l'inquadramento cioè della responsabilità dell'*exercitor* per il fatto dei suoi dipendenti (liberi o servi) nell'ambito di una responsabilità per *culpa in eligendo* e della conseguente trasformazione del classico criterio oggettivo di responsabilità per fatto altrui in un criterio di responsabilità per fatto proprio. Dunque, tale prospettiva sconterebbe un macroscopico errore di prospettiva storica e tecnico-giuridica in quanto, una volta ritenuta la *culpa* sussistente secondo la lettura degli *antecessores*, l'azione non potrebbe in nessun caso essere esperita *noxaliter*. Se vi è nossalità, non deve sussistere una colpa, e viceversa. Lo studioso ritiene, pertanto, di avere proposto l'unica interpretazione possibile dell'*exceptio noxalis* con cui il convenuto in una delle due azioni pretorie (*furti* o *damni*) poteva ottenere il riconoscimento della facoltà di dare a noxa il servo proprio, autore del fatto illecito.⁷⁷

Però, l'opinione di Fercia è differente da quella di Serrao. Secondo il Fercia, l'*exercitor*, ovvero il soggetto che *ex edicto* deve considerarsi responsabile dei danni o dei furti verificatisi nella *navis*, nella *caupona* o nello *stabulum* ad opera di terzi qualificati che agiscono nella sua sfera di controllo, non poteva in nessun caso evitare il pagamento della *litis aestimatio* per il tramite della *noxae deditio* del servo autore del fatto. Dunque, nel periodo classico la nossalità non era applicabile, nelle *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*, nemmeno *iure exceptionis*. A suo

⁷⁶ Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 183 ss., 197ss., e 235 s.

⁷⁷ Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 207 ss.

avviso, infatti, il regime della nossalità pare elemento estraneo allo spirito ed alla disciplina dell'Editto del pretore in tema di *actio damni* ed *actio furti in factum*: nel contesto del criterio oggettivo, l'*exercitor libero e sui iuris* non poteva limitare la propria garanzia patrimoniale con la possibilità dell'abbandono nossale del proprio *servus* che avesse commesso un *delictum* nella *navis*, nella *caupona* o nello *stabulum*.

Quindi, il Fercia ritiene verosimile che l'innovazione della nossalità sia stata dovuta all'attività delle scuole postclassiche di diritto e sia, quindi, confluita nel Digesto. I riferimenti alla *noxae deditio* nei passi (D.4,9,7,4 e D.47,5,1,5) che discutono il regime pretorio delle *actiones in factum* costituiscono dunque, a suo parere, interpolazioni.⁷⁸ Al contrario dell'opinione del Serrao, secondo la quale nel diritto giustiniano non vi è spazio per la *noxae deditio* in presenza di una *culpa in eligendo*, il Fercia afferma che nella cultura bizantina non sussistono motivi ostativi alla applicabilità della *noxae deditio* in presenza dell'*aliquatenus culpa* dell'*exercitor* (*culpa in habendo*). Anzi, la *noxae deditio* si giustifica proprio in ragione del 'colore di colpa' che caratterizza sul piano culturale il criterio di responsabilità dell'armatore quando risponde con l'*actio in factum* per il fatto degli ausiliari. In questa prospettiva, la *ratio* che introduce la nossalità è la *venia*, espressione di una responsabilità che, nell'ottica bizantina, deve necessariamente ed ideologicamente trovare una giustificazione in *aliquatenus culpa*, che costituisce la 'soggettivizzazione' di un'attribuzione di rischio.⁷⁹

Analogamente all'opinione di Serrao, il Fercia afferma anche la mancanza della caratteristica della nossalità delle azioni in esame durante il periodo classico, malgrado esse fossero fonti di obbligazioni ad una pena. Però, a differenza del Serrao, il Fercia nega la caratteristica di nossalità per intero, cioè, nel periodo classico la nossalità non è applicabile nelle *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*. Comunque, questi due giuristi concordano nella differenza tra le nostre

⁷⁸ Fercia R., *Criterio di responsabilità dell'exercitor*, cit., 10.

⁷⁹ Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., 283.

azioni e le azioni penali, dovuta alla mancanza della caratteristica di nossalità collegata alla riprovevolezza sociale nei confronti di un reo. Ciò è sufficiente per provare che queste azioni sono più concentrate sul risarcimento del danno della vittima, piuttosto che alla punizione per la colpa (o dolo) del responsabile. Pertanto, pur accogliendo la tesi di Fercia, non ci curiamo, nell'ambito del presente lavoro, delle discordanze tra i due giuristi.

b) La cumulatività

Per quanto riguarda la cumulatività, innanzitutto, è presa in considerazione da Ulpiano in D.4,9,7,5: *Si plures navem exercent, unusquisque pro parte, qua navem exercet, convenitur*. Ulpiano prospettava la questione della legittimazione passiva all'*actio in factum* nel caso in cui vi fossero più *exercitores* e concludeva che ciascuno di essi dovesse essere convenuto in proporzione alla propria quota sociale. Di conseguenza, Ulpiano escludeva la cumulatività ed affermava la parziarietà in proporzione alle quote sociali.

La cumulatività è infatti effetto del concorso di persone nella commissione del delitto; nella nostra azione più persone sono ritenute responsabili e passivamente legittimate all'azione in base al rapporto di preposizione con l'autore del fatto, ma non hanno commesso il fatto: in tale situazione l'esperimento dell'azione *in solidum* contro ciascuno degli armatori è giuridicamente impossibile. Dunque, al contrario del carattere generale dell'azione penale, i più responsabili non sono tenuti cumulativamente con l'*actio in factum adversus nautas caupones stabularios*.

c) L'intrasmissibilità passiva

Come abbiamo già detto, l'unica caratteristica delle azioni penali, che le *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios* mantengono, è costituita dalla intrasmissibilità passiva contro gli eredi. Nel D. 4,9,7,6, infatti, Ulpiano afferma che le azioni non sono trasmissibili contro gli eredi. Si veda:

D. 4,9,7,6 (*Ulpianus libro 18 ad edictum*): *Haec iudicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabuntur. Proinde et si servus navem exercuit et mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum nec intra annum.*

Tale persistenza di una delle caratteristiche fondamentali delle azioni penali impedisce di parlare di azioni di mero risarcimento e di trattare le azioni stesse come pure azioni reipersecutorie; mentre l'assenza di tutte le altre caratteristiche fondamentali della penalità autorizza a porre in evidenza il carattere tendenzialmente reipersecutorio ed a considerarle, pur a volere essere cauti, azioni con penalità affievolita.⁸⁰

4. Le fattispecie vicine alla responsabilità per fatto altrui

A. Le actiones de pauperie e de pastu pecorum

Per quanto riguarda il caso in cui il danno di terzo è arrecato dall'animale obbedendo a proprio istinto naturale, le azioni *de pauperie* e *de pastu pecorum* sottomettevano il padrone dell'animale sulla base esclusivamente del suo rapporto di proprietà dell'animale stesso.⁸¹ Nelle azioni *noxae deditio* era del pari applicata alla responsabilità del padrone, quando non concorrevano alcuna sua colpa diretta per avere eccitato o provocato l'animale.⁸²

Rispetto però alle altre applicazioni della nossalità, vi è una differenza fondamentale che viene sottolineata da Ulpiano,⁸³ cioè il danno è arrecato senza un atto ingiusto dell'autore, infatti, l'animale non può aver agito ingiustamente, dato che manca di ragione. Invece, nelle altre applicazioni della nossalità, come si è visto, il

⁸⁰ Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 248.

⁸¹ Art. 6 della Tavola VIII: *Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, . . . lex (XII tabularum) voluit aut dari id quod nocuit . . . aut aestimationem noxae offerri. D.9,1,1 pr.: Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxae offerre.*

⁸² Cfr. Zimmermann R., *The law of obligations—roman foundations of the civilian tradition*, Boston, 1992, 1096 ss; Schipani S., *Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, 2009.

⁸³ D.9,1,1,3: *Ait praetor "pauperiem fecisse". Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.*

danno è arrecato da un delitto del figlio di famiglia o del servo con la colpa propria.

B. *L'actio de deiectis vel effusis*

In età repubblicana avanzata, un nuovo tipo di edificio abitativo a più piani (*insulae*) venne costruito sempre più spesso, e anche spesso locato. La caduta dalle finestre di questi edifici superabitati di oggetti di varia natura costituiva un continuo pericolo per i passanti e poteva suscitare loro timore. Conseguentemente, il pretore fu indotto dalla nuova situazione urbanistica ed edilizia a intervenire, e a prevedere l'*actio de deiectis vel effusis* per risolvere le esigenze della *securitas*.⁸⁴ L'*actio* è stata prevista dal pretore nell'*edictum de his qui deiecerint vel effuderint*, il quale è stato tramandato da un frammento del commentario ulpiano, riportato nel D.9,3,1 pr.:

D.9,3,1 pr. (*Ulpianus libro 23 ad edictum*): *Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: "Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere."*

Come si vede, il pretore stabiliva la responsabilità dell'*haborator* di una casa per il danno prodotto alle cose o alle persone da ciò che era stato gettato o versato dalla casa stessa in un luogo per dove la gente passava o dove soleva fermarsi.

Secondo i termini dell'editto, l'*haborator* è tenuto perché alcunché è stato *deiectum vel effusum*; ma è tenuto anche in assenza di un atto, cioè viene attribuito ai termini dell'editto il significato più esteso possibile e viene incluso anche il *cum suspenderetur, decidit*, o il *quod suspensum decidit*, o il *quid pendens effusum sit*,

⁸⁴ Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 104-105.

sebbene *nemo hoc effudent* (D.9,3,1,3).⁸⁵

Nell'editto, viene posto in evidenza che l'azione è data contro colui che abita la casa nel momento in cui l'*effusio* o la *deiectio* si è verificata, cioè contro l'*habitor*. L'individuazione del convenuto è esposta in una serie di passi ulpiane. In D.9,3,1,4, il *dominus aedium* è escluso;⁸⁶ in D.9,3,1,9, si precisa l'*habitor* attraverso l'interpretazione del termine *abitare*, sia in casa propria, sia presa in locazione, sia gratuitamente; ma l'ospite è escluso dall'*habitor*;⁸⁷ in D.9,3,5,3, si trova una ulteriore dimostrazione di come la giurisprudenza interpretò estensivamente il termine *habitor*, in modo da ritenere esperibile l'azione contro chiunque altro si trovasse nella situazione di godere dell'uso di un immobile, anche se non destinato ad abitazione;⁸⁸ inoltre, anche se l'*habitor* è persona sottoposta alla potestà altrui, se è un figlio in potestà che abita per suo conto, anche in affitto, è lui il soggetto passivo dell'azione, non il *paterfamilias* in base all'*actio de peculio*.⁸⁹ Insomma, il responsabile è colui che ha la disponibilità della casa, sia di abitazione, sia altrimenti utilizzata (deposito merci, opificio, scuola), sia in forma divisa o indivisa, sia egli il proprietario o meno, sia che paghi o non paghi un canone, sia egli *alieni iuris* o sia *sui iuris*.

Secondo l'analisi precedente, potremmo confermare che l'individuazione del responsabile è compiuta sulla base del criterio oggettivo, ossia la posizione dell'*habitor*. Quindi, la responsabilità dell'*habitor* è quella oggettiva.⁹⁰

⁸⁵ Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 107.

⁸⁶ D.9,3,1,4: *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium:....*

⁸⁷ D.9,3,1,9: *Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel in gratuito. Hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur; sed is tenetur, qui hospitium dedit: multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.*

⁸⁸ D.9,3,5,3: *Si horrearius aliquid deiecerit vel effuderit aut conductor apothecae vel qui in hoc dumtaxat conductum locum habebat, ut ibi opus faciat vel doceat, in factum actioni locus est, etiam si quis operantium deiecerit vel effuderit vel si quis discentium.*

⁸⁹ D.9,3,1,7: *Si filius familias cenaculum conductum habuit et inde deiectum vel effusum quid sit, de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit: in ipsum itaque filium haec actio competit.*

⁹⁰ Inoltre, dobbiamo notare la trattazione di Ulpiano nel D.9,3,1,4: *haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat,*

Riguardo al problema se l'*actio de deiectis vel effusis* sia o meno la fattispecie della responsabilità per fatto altrui, esistono opinioni diverse tra gli studiosi: secondo alcuni studiosi, quest'*actio* configura una delle fattispecie della responsabilità per fatto altrui;⁹¹ lo Schipani, invece, ritiene di no, perché l'atto di "gettare o versare" può essere altrui, di servi o familiari; ma tale atto può anche mancare perché l'evento del danno può consistere in un danno da cose inanimate o animali. Cioè, si struttura la fattispecie prestando attenzione essenzialmente alla individuazione in modo tipico della caduta di cose solide o liquide da una casa, di cui non costituivano parte, e dei relativi eventi di danno. Ciò è coerente anche con il modo sopra visto di individuare il responsabile.⁹² Nella presente tesi, preferisco accogliere l'opinione di Schipani, in quanto nell'*actio de deiectis vel effusis*, come egli osserva, il fatto altrui non è necessario, quindi, l'*actio* non è conforme al carattere della responsabilità per fatto altrui.

C. L'*actio de positis vel suspensis*

Analogamente a quanto detto per l'*actio de deiectis vel effusis*, l'*actio de positis vel suspensis* è predisposta dal pretore per tutelare la sicurezza pubblica, e c'è tramandata da un frammento di Ulpiano.

D.9,3,5,6 (*Ulpianus libro 23 ad edictum*): *Praetor ait: "Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, qua "quo" volgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo."*

cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget. In questo frammento, Ulpiano dice "*culpa enim penes eum est*", ma dice anche "*nec adicitur culpae mentio vel infitiationis*", cioè, la colpa non è menzionata fra i requisiti per la responsabilità dell'*habitor*. In verità, secondo l'osservazione di Schipani, questo è un esempio di sovrapposizione di diverse linee di lettura e interpretazione. Cfr. Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 106, 108.

⁹¹ Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 632; Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 95 s; ecc.

⁹² Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 107.

Secondo l'azione, colui che lasci posto su una sporgenza un oggetto, che possa cadere su un luogo dove si eserciti il pubblico passaggio o in luogo pubblico, risponde per la situazione di pericolo che ne deriva. In base alla individuazione del responsabile, quindi, la responsabilità è quella oggettiva e a solo finalità preventiva: il danno non sia ancora verificato e si vuole evitarlo.⁹³ Inoltre, relativo a questa fattispecie, non vi è alcun testo che né per l'epoca classica, né per epoca successiva, faccia riferimento alla colpa; ma possiamo ritenere che essa la coinvolga negli sviluppi postclassici e giustinianeî del passaggio dalle figure del *quasi ex delicto teneri* al quasi-delitto.⁹⁴

D. *Cautio damni infecti*

Inoltre, dobbiamo notare un'altro regime costituito dai Romani, cioè *cautio damni infecti*. Essa era una *stipulatio* imposta dal pretore cui si ricorreva nella fattispecie in cui ci fosse il ragionevole timore che un edificio su un fondo altrui potesse recare danno al proprio fondo, per esempio, le tegole della casa di Tizio, a causa del vento, hanno la possibilità di cadere sulla casa del vicino.⁹⁵ L'attore ricorrendo a tale *cautio* avrebbe potuto avere la certezza, che, qualora il danno temuto si fosse verificato, avrebbe ricevuto il risarcimento del danno. Senza un apposito rimedio per il danno temuto il *dominus* del fondo danneggiato non avrebbe potuto di norma pretendere né il risarcimento né una pena pecuniaria sostanzialmente corrispondente al risarcimento. Il rifiuto di prestare la *cautio* era sanzionato dal pretore con *missio in possessionem*

⁹³ Inoltre, Ulpiano indicava che l'azione era popolare. Si veda il D.9,3,5,13: *Ista autem actio popularis est et heredi similibusque competit, in heredes autem non competit, quia poenalis est.*

⁹⁴ Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 109 ss.

⁹⁵ D.39,2,43 pr.: *Damni infecti quidam vicino repromiserat: ex eius aedificio tegulae vento deiectae ceciderant in vicini tegulas easque fregerant: quaesitum est, an aliquid praestari oportet. Respondit, si vitio aedificii et infirmitate factum esset, debere praestari: sed si tanta vis venti fuisset, ut quamvis firma aedificia convelleret, non debere. Et quod in stipulatione est "sive quid ibi ruet", non videri sibi ruere, quod aut vento aut omnino aliqua vi extrinsecus admota caderet, sed quod ipsum per se concideret;* D.39,2,24,4: *Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae deiectae damnum vicino dederint, ita eum teneri, si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinam. Labeo et rationem adicit, quo, si hoc non admittatur, iniquum erit: quo enim tam firmum aedificium est, ut fluminis aut maris aut tempestatis aut ruinae incendii aut terrae motus vim sustinere possit?*

limitatamente all'immobile dal quale si temeva il danno.⁹⁶

E. Riepilogo

Le fattispecie citate sono vicine a quelle della responsabilità per fatto altrui, perché in tutte le fattispecie speciali il danno non è cagionato dal fatto colposo del responsabile come nelle fattispecie normali, ma da altre cause dirette: il fatto altrui, l'evento dell'animale o delle cose inanimate, ecc. Per di più, l'analogia tra le fattispecie speciali ci devono far tener presente che è esclusa la responsabilità per colpa in base alla *Lex Aquilia*, ma ha luogo la responsabilità oggettiva in base alle ragioni speciali. Dunque, nel sistema della responsabilità extracontrattuale, le fattispecie suddette, insieme con quelle della responsabilità per fatto altrui, svolgono il ruolo di eccezione, derogando al principio della colpa scaturito dalla *Lex Aquilia*.⁹⁷

Tuttavia, tra le fattispecie vicine e quelle della responsabilità per fatto altrui, la differenza è evidente. Cioè, nelle fattispecie vicine, la causa diretta per il danno è l'evento di animali o cose inanimate, invece, nelle fattispecie della presente tesi, è il fatto dell'uomo. Per di più, nelle fattispecie vicine, le responsabilità si basano sui rapporti di proprietà tra i responsabili e gli animali o tra i responsabili e le cose in custodia; invece, nelle fattispecie della responsabilità per fatto altrui, i fondamenti sono i rapporti di potestà, considerando tale la *dominica potestas* sui servi, o di preposizione tra i responsabili e gli autori del fatto. A causa della differenza fondamentale, nell'evoluzione dal diritto romano al diritto civile, dalle *actiones de pauperie* e *de pastu pecorum*, sono derivate le fattispecie della responsabilità per il danno cagionato da animali, dall'*actiones de deiectis vel effusis* e *de positis vel suspensis* e dalla *cautio damni infecti*, sono derivate le fattispecie della responsabilità per il danno cagionato da cose inanimate; invece dalle *actiones furti et damni in factum adversus nautas caupones stabularios* e dall'*actio noxalis adversus*

⁹⁶ Cfr. Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 450 s.

⁹⁷ Per quanto riguarda il rapporto tra il principio della colpa e le fattispecie speciali, esso sarà analizzato nel capitolo seguente.

paterfamilias, ecc., sono derivate le fattispecie della responsabilità per fatto altrui.⁹⁸

5. La separazione tra il concorso di persone nel reato e la responsabilità per fatto altrui

Nel diritto romano, esiste anche il regime del concorso di persone nel reato, cioè, il delitto (o crimine) appare commesso da *plures*, o in altre parole da *correi, conscii, socii, participes, ministri, instigatores, adiutores*, ecc. In queste ipotesi, c'è bisogno del dolo comune dei coautori per commettere il delitto (o crimine); inoltre, è possibile il concorso di condotte negligenti di più autori materiali. Comunque, la colpa degli autori materiali è il presupposto per il concorso.⁹⁹

Malgrado le parole differenti usate nelle singole ipotesi, il principio generale del concorso è quello della cumulatività, cioè della persecuzione e punizione di tutti, che doveva estrinsecarsi in maniera eguale per tutti. Tale principio ha destato maggiore interesse in materia di diritto penale privato, in quanto, poiché il fatto illecito deve avere una punizione, ma genera in sostanza una obbligazione del colpevole verso la vittima e dà luogo ad un'azione pecuniaria in favore di questa che si risolve in una riparazione di cui essa si avvantaggia, esso può talora impressionare una condanna multipla, informata al principio della solidarietà cumulativa.¹⁰⁰

⁹⁸ Venezian G., *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni* (I), Roma, 1918, 97 ss.

⁹⁹ Ad esempio, I.4,1,11: *Interdum furti tenentur, qui ipse furtum non fecerit: qualis est, cuius ope et consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut obstitit tibi, ut alius rem tuam exciperet, vel oves aut boves tuas fugaverit, ut alius eas exciperet: et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam et non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debeat. At ubi ope Maevii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope consilio eius quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum aut scalas ut fenestris supponerentur commodaverit, sciens cuius gratia commodaverit; ecc. Però, v'è anche l'eccezione come D.9,2,32 pr. (Gaius libro septimo ad edictum provinciale): *Illud quaesitum est, an quod proconsul in furto observat quod a familia factum sit (id est ut non in singulos detur poenae persecutio, sed sufficeret id praestari, quod praestandum foret, si id furtum unus liber fecisset), debeat et in actione damni iniuriae observari. Sed magis visum est idem esse observandum, et merito: cum enim circa furti actionem haec ratio sit, ne ex uno delicto tota familia dominus careat eaque ratio similiter et in actionem damni iniuriae interveniat, sequitur, ut idem debeat aestimari, praesertim cum interdum levior sit haec causa delicti, veluti si culpa et non dolo damnum daretur. Per le ipotesi del concorso di condotte negligenti, ad esempio, D.9,2,11,4 (Ulpianus libro 18 ad edictum): *Si plures trabem deiecerint et hominem opprresserint, aequae veteribus placet omnes lege Aquilia teneri; ecc.***

¹⁰⁰ Cfr. Brasiello U., voce *Concorso di persone nel reato (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1988, 561 ss.

Rispetto al concorso di persone nel reato, le regole della responsabilità per fatto altrui, sebbene entrambe concernano più soggetti, sono diverse:

a) nelle fattispecie della responsabilità per fatto altrui, il danno della vittima è arrecato dagli autori del fatto, ma la responsabilità cade solo sul *paterfamilias*, sul *nautas caupones stabularios*, ecc.; invece, il concorso di persone nel reato ha una sua regola speciale, ovvero solidarietà cumulativa della pena;

b) nelle fattispecie della responsabilità per fatto altrui, i padri di famiglia, gli armatori, ecc., assumono la responsabilità oggettiva in base ai rapporti di potestà o di preposizione. La colpa dei responsabili non è il presupposto in queste fattispecie; invece, nel concorso di persone nel reato, la colpa dei soggetti, come si è visto, è necessaria.

Alla luce delle suddette differenze, dunque, possiamo ritenere che il diritto romano tiene bene separati il concorso di persone nel reato e la responsabilità per fatto altrui.

CAPITOLO II Le responsabilità per fatto altrui nel sistema della responsabilità extracontrattuale

1. Il sistema romano della responsabilità extracontrattuale: il principio generale scaturito dalla legge Aquilia e la serie di fattispecie tipiche nelle quali tale principio è derogato, usando invece altri criteri in base ai quali un soggetto, anche senza sua colpa o fatto, è tenuto al pagamento di una sanzione pecuniaria connessa al danno accaduto, che integrano il principio stesso con il criterio della tipicità nel riconoscere circostanze nelle quali il danno deve comunque essere risarcito.

A. La *Lex Aquilia* e il principio della colpa

Nel sistema del diritto romano, esisteva il principio generale della responsabilità extracontrattuale che maturava gradualmente in base all'interpretazione delle fattispecie previste dalla *Lex Aquilia* del III secolo a. C., secondo cui se una o più persone distruggevano o deterioravano una cosa altrui, ne scaturiva l'obbligazione al pagamento di una somma di denaro a titolo di pena.¹⁰¹

All'inizio della entrata in vige della legge Aquilia, le fattispecie avevano una portata circoscritta.¹⁰² Poi, nella scienza giuridica repubblicana e classica, erano rielaborate e ricostruite in relazione a cinque elementi costitutivi: a) l'evento di danno costituito da distruzione, incendio, rottura e lesione di una cosa a cui viene affiancata

¹⁰¹ La *Lex Aquilia* includeva tre capitoli, in seguito venne abrogato il secondo capitolo in cui era prevista una fattispecie di 'distruzione' del credito attraverso l'abusiva remissione di esso (D. 9,2,27,4; I. 4,3,12), rimanendo in vigore solo il primo e il terzo capitolo. Nel primo (D. 9,2,2 pr.; I. 4,3 pr.) si prevede: *Lege Aquilia capite primo cavetur: "Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto."* Nel terzo (D. 9,2,27,5; I. 4,13): *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: "Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto"*.

¹⁰² Secondo il testo della legge, le fattispecie originarie erano descritte attraverso l'individuazione di quattro elementi costitutivi: 1) i verbi 'uccidere', 'bruciare', 'rompere', 'ledere', individuavano l'evento di danno, cioè distruzione, deterioramento materiale di una cosa; 2) la condotta che materialmente lo produce con un contatto fisico fra autore e cosa su cui la condotta incide; 3) la violazione del diritto di proprietà; 4) la necessità della 'ingiustificatezza' di tale violazione. Cfr. Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 133.

la considerazione della lesione del corpo di una persona libera che sia in potestà del suo padre di famiglia; b) la condotta, che viene a includere ogni azione od omissione che venga considerata 'causa' dell'evento di danno; c) il rapporto di causalità fra la condotta e l'evento, la cui analisi si sviluppa come conseguenza del diverso modo di intendere la condotta e comporta, a volte, la considerazione della colpa: la causa, infatti, deve risultare abbastanza qualificata per porre a carico dell'autore di essa l'evento di danno che ne sia derivato, e ciò soprattutto in caso di concorso di diverse concause convergenti nella produzione dell'evento di danno, in relazione alle quali, appunto, viene reso esplicito il criterio secondo cui l'evento di danno può essere posto a carico dell'autore della condotta se questa risulti rimproverabile per imperizia, negligenza, imprudenza, in sostanza per sua 'colpa'; d) la violazione del diritto di proprietà sulla cosa distrutta o deteriorata rimane in primo piano, ma, con la ammissione della lesione del corpo di una persona libera soggetta alla potestà del padre di famiglia, viene in considerazione anche la violazione del diritto di questi; f) la assenza di cause di giustificazione viene sottoposta alla valutazione alla luce della colpa, per cui anche l'esercizio delle cause di giustificazione non può essere compiuto in modo abusivo e riprovevole.¹⁰³ Inoltre, Gaio fissa tre regole con le quali reinterpreta alcuni punti essenziali del testo della legge: a) chi agisce con dolo o colpa agisce in modo ingiustificato e deve risarcire il danno; b) le leggi non puniscono colui che, nell'esercizio di una causa di giustificazione, provoca un danno; c) non è punito colui che senza dolo o colpa provoca un danno.¹⁰⁴

Nella codificazione giustiniana si completa la reinterpretazione del testo della legge Aquilia compiuta dai giuristi classici. Nei Digesti, al centro del titolo sulla legge Aquilia, si pone in evidenza il riferimento alla colpa secondo una famosa definizione di Quinto Mucio¹⁰⁵ e si orienta, alla luce di questo criterio già presente nell'opera dei

¹⁰³ Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 133-134.

¹⁰⁴ Gai. 3,211: *Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*. Per la esegesi di questo frammento, cfr. Schipani S., *Responsabilità «ex lege Aquilia» Criteri di imputazione e problema della «colpa»*, cit., 249 ss.

¹⁰⁵ D. 9,2,31: *...culpam autem esse, quod a diligentibus provideri poterit non esse provisum...*

giuristi classici, la scelta e l'interpretazione dei loro contributi. Il danno viene esteso sia ad includere la lesione di un'altra persona che non sia in potestà di altri, sia a superare il requisito della materiale lesione della cosa altrui, cioè includendo, con una innovazione di grande potenziale espansivo, la lesione della possibilità di esercitare il diritto su di essa. Nelle Istituzioni di Giustiniano, si riscrive la fattispecie imperniandola sui seguenti sei elementi costitutivi: a) condotta; b) evento di danno; c) violazione dell'altrui diritto; d) assenza di cause di giustificazione, e) rapporto di causalità, f) dolo o colpa.¹⁰⁶

Complessivamente, secondo l'osservazione di Schipani, attraverso la rielaborazione delle fattispecie previste dalla legge Aquilia, nei Digesti di Giustiniano è fissato il principio generale per cui: chiunque, non per caso, con dolo o colpa, senza causa di giustificazione, uccide, o lede, o comunque arreca un danno a persona o cosa altrui, è tenuto a pagare una somma di denaro a titolo di pena.¹⁰⁷

Nella riprovevolezza della condotta, che è espressa nei riferimenti al dolo o alla colpa, si concentra il fondamento per infliggere una sanzione ad ogni condotta nel compimento della quale non si è provveduto ad usare quelle precauzioni che evitassero che tale condotta causasse un evento lesivo di un altrui bene giuridicamente protetto ('la colpa, che causa danno ad altri, è da punire'). In questa riprovevolezza si radica il dinamismo di un principio in grado di estendersi ad ogni situazione, anche nuova.¹⁰⁸

B. Le fattispecie speciali fuori dell'ambito del principio della colpa

A fianco delle fattispecie normali basate sulla legge Aquilia, il diritto romano ha anche delineato, spesso ad opera del pretore, delle fattispecie particolari, come le azioni già ricordate in precedenza quali, le *actiones in factum adversus nautas*

¹⁰⁶ Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 135.

¹⁰⁷ Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 135-136;

¹⁰⁸ Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 136.

caupones stabularios, l'*actio de deiectis vel effusis*, l'*actio de positis vel suspensis*, le *actiones de pauperie e de pastu pecorum*, ecc., che non erano state assorbite dal principio della colpa, perché corrispondevano ad esigenze specifiche che erano state messe a fuoco: gli elementi costitutivi di queste fattispecie, fra i quali in particolare il criterio di imputazione, sono diversi da quelli della fattispecie generale. Ma gli effetti di queste fattispecie erano equiparati a quelli delle fattispecie fondate sulla legge Aquilia: esse, cioè, erano fonti di obbligazioni ad una pena, cioè per una somma di denaro, 'come se' esse fossero dei delitti, ma gli elementi di tali fattispecie a volte non includevano il dolo o la colpa, a volte non presupponevano neppure una condotta del soggetto che veniva obbligato con una tale sanzione, come le fattispecie speciali analizzate.¹⁰⁹

C. Il sistema della responsabilità extracontrattuale

Nel sistema della responsabilità extracontrattuale, sembra che i Romani cerchino il corretto equilibrio fra la regola: "la colpa, che provoca un danno, è da punire", che, se fosse l'unica regola, potrebbe portare a limitare sempre il risarcimento del danno alla individuazione della colpa di una persona autore di esso, e la regola: "i danni sono da risarcire", secondo criteri di cosiddetta responsabilità oggettiva, che, se fosse l'unica regola, potrebbe portare alla necessità di risarcire ogni danno, necessità forse sostenibile solo nel quadro di una totale socializzazione del risarcimento stesso.

Nel diritto romano, è offerta la base per questo equilibrio: la prima regola, scaturita dalla legge Aquilia, costituisce il principio generale, capace di una diretta espansione dinamica; la serie di fattispecie tipiche nelle quali tale principio è derogato e si usano invece altri criteri in base ai quali un soggetto, anche senza sua colpa o fatto, è tenuto al pagamento di una sanzione pecuniaria connessa al danno accaduto, integra il principio stesso con il criterio della tipicità nel riconoscere circostanze nelle quali il

¹⁰⁹ Schipani S., *Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, 2009.

danno deve comunque essere risarcito.¹¹⁰

2. Nel sistema della responsabilità extracontrattuale, la responsabilità per fatto altrui, basandosi sul rapporto speciale tra il responsabile e l'autore del fatto, svolge un ruolo di eccezione rispetto al principio generale della colpa.

Nel diritto romano, le fattispecie della responsabilità per fatto altrui configurano l'*actio noxalis adversus paterfamilias*, l'*actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*, e la responsabilità per il danno cagionato dell'incapace. In queste fattispecie, il diritto romano ha prestato attenzione alla tutela dell'interesse delle vittime. Dunque, i giuristi romani preferiscono cercare il fondamento della responsabilità per fatto altrui nei rapporti speciali tra i responsabili e gli autori del fatto. Ad esempio: nell'*actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*, il fondamento della responsabilità è il rapporto di preposizione tra gli armatori, i locandieri, i titolari della stazione ed i loro dipendenti; nell'*actio noxalis adversus paterfamilias*, si basa sul rapporto di potestà tra i padri di famiglia ed i figli.

Tali criteri oggettivi, lasciando l'imputazione della colpa dei responsabili, prevalgono nei confronti della coerenza logica del rapporto fra riprovevolezza della condotta e punizione. Si sviluppa qui la considerazione di un ruolo non afflittivo della sanzione, ma risarcitorio sulla base di esigenze di ripartizione dei danni.¹¹¹ Di conseguenza, le nostre azioni, come abbiamo rilevato, pur mantenendo una delle fondamentali caratteristiche della penalità, vale a dire l'intrasmissibilità passiva contro gli eredi, perdono le altre caratteristiche, ovvero la nossalità e la cumulatività. In altri termini, l'assenza delle due caratteristiche fondamentali della penalità autorizza a porne in evidenza il carattere tendenzialmente reipersecutorio ed a considerarle azioni con penalità affievolita.

Insomma, rispetto al principio della colpa come centro del sistema della

¹¹⁰ Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 151.

¹¹¹ Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, cit., 143.

responsabilità extracontrattuale, la responsabilità per fatto altrui, basandosi sul rapporto speciale tra il responsabile e l'autore del fatto, svolge un ruolo di eccezione. Come uno dei contributi principali del diritto romano nel campo della responsabilità per fatto altrui, quest'impostazione viene seguita dai codici civili del sistema romanistico.

Non si può omettere però che il principio generale ha anche una capacità attrattiva, e nel sistema si sviluppa una tendenza all'assorbimento delle fattispecie speciali, e una discussione che non cancella la struttura fondamentale del sistema, ma può dar luogo a delle "varianti" di cui si deve tenere conto nell'esame degli sviluppi successivi perché colgono sfumature su cui è sempre utile riflettere.

3. Riepilogo

Nel diritto romano, per quanto riguarda la responsabilità per fatto altrui, i Romani propongono tre tipi di fattispecie:

A. la prima riguarda il caso in cui il figlio di famiglia o il servo hanno cagionato il danno a terzo, per cui il *paterfamilias* (o il padrone), in base all'*actio noxalis*, è tenuto alla vittima. In questa fattispecie, gli autori del fatto di cui il *paterfamilias* risponde devono avere commesso un delitto per il quale una persona *sui iuris* risponderebbe. Però, in base alla potestà del *paterfamilias*, che include il ruolo di sostegno nei confronti dei soggetti in potestà e l'eventuale funzione disciplinare connessa, gli autori del fatto non sono obbligati al danno della vittima. Perciò, il *paterfamilias* non ha il regresso nei confronti del figlio di famiglia o del servo;

B. nelle fonti romane si affaccia anche una seconda fattispecie, secondo cui il sorvegliante è tenuto alla vittima danneggiata dalla persona incapace di intendere o di volere. In questa fattispecie, non è richiesto il presupposto suddetto riguardante il delitto commesso dall'autore del fatto. In realtà, si esclude da sé, data la incapacità dell'autore del fatto. Perciò, la responsabilità non cade mai su quest'ultimo. Dunque,

anche in questa fattispecie, il sorvegliante non può godere del diritto di regresso verso l'autore del fatto;

C. la terza fattispecie riguarda il caso in cui il servo o il libero, nell'esercizio delle loro funzioni impiegate, hanno cagionato il danno a terzo, per cui l'armatore, il locandiere o il titolare della stazione di cambio, in base all'*actio furti et damni in factum*, sono tenuti alla vittima. Anche in questa fattispecie, deve esistere il presupposto in cui l'autore del fatto ha commesso un delitto a terzo. Però, a differenza della prima fattispecie, i *nautae*, ecc. hanno il regresso nei confronti dei propri dipendenti, proprio perché non hanno nei loro confronti un ruolo di sostegno.

Queste tre fattispecie presenti nelle fonti romane hanno infatti potenzialità aperte a possibili sviluppi: la fattispecie basata sul rapporto di potestà, può essere estesa a quella di quanti esercitano ruoli simili a quelli di *paterfamilias*, ad esempio la madre, il tutore, l'insegnante, ecc; per quella sulla base del rapporto di sorveglianza, l'estensione è analoga; infine, per la fattispecie basata sul rapporto di preposizione, essa può essere estesa agli altri soggetti che possono dirigere, controllare, vigilare ed avvalersi di altri. Alla luce dell'impostazione romanistica, pertanto, sono proposte tre fattispecie principali della responsabilità per fatto altrui nei codici civili del sistema romanistico, cioè: la responsabilità dei genitori, tutori per il fatto dei minori capaci; la responsabilità dei sorveglianti per il fatto delle persone incapaci; la responsabilità dei preponenti per il fatto dei preposti.

Inoltre, riguardo ai fondamenti della responsabilità, possiamo dire che nel corso dell'intera esperienza giuridica romana, allo scopo della tutela delle vittime, la responsabilità per fatto altrui è sempre quella oggettiva sulla base dei rapporti suddetti intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto, derogando al principio generale della colpa scaturito dalla *Lex Aquilia* nel sistema della responsabilità extracontrattuale.

Però, non possiamo tralasciare il fatto che il principio generale ha una capacità

attrattiva, e nel sistema si sviluppa una tendenza all'assorbimento delle fattispecie speciali. Dunque, emerge una interpretazione della *culpa* riguardo al fondamento della responsabilità per fatto altrui, sebbene la *culpa*, come si è visto, non è la reale colpa. Ma questo emergere è il sintomo di un confronto aperto con l'impostazione di altre fattispecie; esso richiama un'altra interpretazione della responsabilità in esame, e può anche portare a modificare la struttura delle fattispecie stesse.

Nella compilazione giustiniana, le diverse interpretazioni emerse non sono state cancellate, ma sono state tutte raccolte: del complesso dei testi, si possono compiere più interpretazioni in rapporto al fondamento della responsabilità, a seconda che si faccia prevalere la descrizione tipica delle fattispecie secondo il testo originale o la ricostruzione in base alla quale vi sarebbe la colpa. Ciò è di fatto una sovrapposizione di diverse linee di interpretazione, che invero può dar luogo a delle "varianti" di cui si deve tenere conto nell'esame degli sviluppi successivi, perché colgono sfumature su cui è sempre utile riflettere.

PARTE II

LE RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALI PER FATTO ALTRUI NEI CODICI CIVILI DEL SISTEMA ROMANISTICO

--Trattazione focalizzata sui codici civili italiani

CAPITOLO III Le responsabilità per fatto altrui nel Codice civile italiano del 1865

1. Premessa: cenni sulla responsabilità per fatto altrui nel Codice Napoleone

A. La responsabilità per fatto altrui nel Codice Napoleone

Prima di esaminare le disposizioni della responsabilità per fatto altrui nel Codice Napoleone, dobbiamo consultare la trattazione relativa di Pothier, perché questo “padre” del Codice Napoleone ha esercitato una grande influenza su di esso e sulla dottrina francese.

Nella parte della trattazione dei fondamenti dell’obbligazione, il Pothier indicava: “non è obbligata alla riparazione del danno solamente la persona che ha commesso il delitto o quasi-delitto, ma tutte quelle ancora alla podestà di cui trovasi questa persona subordinata, come sono i genitori, i tutori, i precettori allorquando il delitto o quasi-delitto sia stato commesso in loro presenza, e generalmente quando, potendo impedirlo, non lo hanno fatto. Ma se essi non hanno potuto impedirlo, sono esenti da qualunque obbligazione: *Nullum crimen patitur is qui non prohibet, quum prohibere non potest*. Quand’anche il delitto fosse stato commesso a loro vista e saputa: *Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest*.”¹¹²

Secondo le parole citate, accanto alla responsabilità per fatto proprio, è introdotta la responsabilità per fatto altrui, intendendosi come un soggetto risponde del fatto della persona subordinata. Per di più, tale responsabilità è quella sulla base della *culpa* causata dal mancato impedimento del fatto illecito, corrispondente al sistema intero della responsabilità extracontrattuale costruito dal Pothier in cui questo giusnaturalista esaltava il principio della colpa a dogma del sistema, secondo la quale tutte le responsabilità si basano sulla colpa propria.

¹¹² Pothier G., *Trattato delle obbligazioni*, in *Opere di G. R. Pothier* (Tomo Primo) (seconda edizione italiana), Livorno, 1841, 94.

Poi, oltre a ricordare i genitori, i tutori e i precettori nell'esemplificazione, il Pothier individuava questa responsabilità nella fattispecie della responsabilità dei padroni: i padroni sono tenuti ai delitti dei loro servitori quando non li hanno impediti pur potendo farlo. Essi sono tenuti anche a quelli che non hanno potuto impedire, quando i servitori li hanno commessi nell'esercizio delle funzioni alle quali erano preposti. Questa disposizione fu stabilita per rendere attenti i padroni a non servirsi che di buoni domestici.¹¹³

Nella parte delle obbligazioni accessorie, sono anche indicate altre fattispecie, una è la responsabilità dei committenti per il delitto dei loro commessi. “I commessi obbligano i loro committenti non solamente con il contratto; ma chi ha preposto alcuno ad una qualche funzione è responsabile dei delitti e quasi delitti commessi da questo nell'esercizio delle funzioni a cui era preposto; e se vari sono quelli che l'hanno preposto, tutti ne sono solidalmente tenuti senza alcun beneficio di divisione o di escussione. Per altro, anche la responsabilità dei padri di famiglia appartiene a questo ambito. I padri sono responsabili dei delitti di loro figli minori e della loro moglie, quando non li hanno impediti avendo avuto il potere di farlo. Si presume che avrebbero potuto impedire il delitto quando fu commesso in loro presenza. Quando fu commesso in loro assenza bisogna giudicare, secondo le circostanze, se il padre abbia potuto impedire il delitto o meno. Quello che abbiamo detto dei padri, si applica anche alle madri, quando dopo la morte del marito hanno i figli nella loro podestà. Ciò può applicarsi egualmente ai precettori, pedagoghi, e a tutti coloro che hanno delle persone non adulte sotto la loro direzione.”¹¹⁴

La trattazione del Pothier appena citata passava in gran parte nell'art. 1384 del Codice Napoleone:

“Ciascuno parimente è obbligato non solo per il danno che cagiona per fatto

¹¹³ Pothier G., *Trattato delle obbligazioni*, cit., 94, 238.

¹¹⁴ Pothier G., *Trattato delle obbligazioni*, cit., 237-238.

proprio, ma anche per quello che viene arrecato con il fatto delle persone delle quali deve rispondere, o con le cose che ha in custodia.

Il padre, e, in sua mancanza la madre, sono obbligati per i danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi;

I padroni ed i committenti per i danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati;

I precettori e gli artigiani per i danni cagionati dai loro allievi ed apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.”

In confronto alla trattazione del Pothier, l'art. 1384 del Codice Napoleone, oltre ad alcuni cambiamenti nel linguaggio, introduce anche alcune modifiche sostanziali. Per esempio, le fattispecie delle responsabilità del marito per il fatto della moglie e del tutore per il fatto del minore trattata dal Pothier non erano incluse nell'art. 1384 del Codice Napoleone; per di più, sembra che l'ambito della responsabilità per fatto altrui nella trattazione del Pothier fosse più ampio di quello nel Codice Napoleone, in quanto i legislatori del Codice, per un atteggiamento prudente verso la responsabilità per colpa presunta, ritenevano che l'ambito della responsabilità per fatto altrui dovesse essere interpretato tassativamente, e non si potesse estenderlo in base all'art. 1384, 1 comma. Dunque, i responsabili per fatto altrui, sono limitati soltanto ai genitori, precettori, artigiani, padroni, committenti;¹¹⁵ invece, il parere di Pothier non è così rigoroso. Secondo il Pothier, la responsabilità del padre (e in mancanza del padre, quella della madre) può applicarsi egualmente a tutti coloro che hanno delle persone non adulte sotto la loro direzione.

Ciò nonostante, l'opinione di Pothier era accolta dalla dottrina dominante d'allora. Secondo l'interpretazione relativa all'art. 1384, la responsabilità per fatto altrui, come l'eccezione della responsabilità normale per fatto proprio, include le fattispecie

¹¹⁵ Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni*, cit., 673 ss.

tipiche, ovvero la responsabilità del padre e della madre, la responsabilità del padrone e del committente, la responsabilità dei precettori e degli artigiani. Queste responsabilità per fatto altrui si basano sulle colpe, rispettivamente per difetto di sorveglianza, di educazione riguardo ai genitori, precettori, artigiani e di scelta e direzione riguardo ai padroni e committenti.¹¹⁶

B. Le modifiche attuate dalla giurisprudenza e dalla legislazione

Seguendo lo sviluppo della società e il cambiamento dell'ambiente dottrinale, l'interpretazione tradizionale dell'art. 1384 non era più conforme alla richiesta sociale, sia perché l'arrivo dell'età industriale e commerciale spingeva ad un cambiamento dell'interpretazione del fondamento della responsabilità; sia perché v'era il bisogno di cambiare l'interpretazione tassativa dell'ambito della responsabilità. Al riguardo, le maggiori modifiche sono state introdotte nel regime della responsabilità per fatto altrui del diritto francese.

a) Le modifiche del fondamento della responsabilità per fatto altrui

Seguendo lo sviluppo sociale, le nuove idee, basandosi sulla società nuova, penetravano largamente nella dottrina civile, che sempre più si veniva emancipando dal preconcetto che sulla colpa soltanto dovesse venir basata la responsabilità civile. In questo nuovo ambiente giuridico, dunque, si suggeriva non solo di migliorare i testi normativi delle fattispecie di responsabilità, in particolare per le prove liberatorie a favore dei soggetti responsabili, ma anche di allargare i metodi di interpretazione del fondamento della responsabilità.

Per quanto concerne la responsabilità per il fatto dei minori, con legge 5 aprile 1937 venivano introdotti i commi 7 e 8 dell'art. 1384 del Codice Napoleone: veniva concessa ai genitori ed agli artigiani la prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto, mentre veniva stabilita la necessità della prova della colpa da parte dell'attore

¹¹⁶ Toullier C. B. M., *Il diritto civile francese* (secondo l'ordine del codice), XI, Napoli, 1832, 240 ss; Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni, Trattato teorico-pratico di diritto civile* (IV), cit., 615 ss.

per la responsabilità degli istitutori.¹¹⁷ Secondo l'opinione tradizionale, "non aver potuto impedire il fatto" era considerato come l'espressione della *culpa in vigilando*. Però, quest'opinione è stata abbandonata dalla dottrina francese. Alla luce della dottrina attuale, la responsabilità dei genitori, ecc., è quella oggettiva sulla base della *relation d'autorité*, secondo la quale i responsabili hanno il dovere di controllare gli autori del fatto a causa del loro *état*.¹¹⁸

Nella responsabilità dei preponenti, dal punto di vista del testo del codice, non v'è nessun cambiamento. Però, al di là del testo immutato, è stata modificata l'interpretazione dottrinale riguardo al fondamento. Infatti, gli studiosi francesi, abbandonando la teoria della *culpa in eligendo* che non è più conforme alla vita sociale, si rivolgono alle teorie del rischio. Però, queste teorie, a causa della loro generalità, non sono riuscite a spiegare la specialità della responsabilità per fatto altrui. Dunque, in conformità al sistema della responsabilità extracontrattuale, la dottrina francese preferisce ritenere che il *lien de préposition* tra il responsabile e l'autore del fatto sulla *idée d'association* è il fondamento della responsabilità dei preponenti.¹¹⁹

b) Le modifiche dell'ambito della responsabilità per fatto altrui

Dall'entrata in vige del Codice Napoleone, la dottrina francese considerava l'art. 1384, 1 comma sempre come una clausola descrittiva, soltanto per indicare le fattispecie della responsabilità previste dai commi successivi, e la responsabilità per fatto altrui, senza possibilità di estensione; esso era limitato alle fattispecie previste dalla legge, ovvero alle responsabilità del padre, della madre, del precettore,

¹¹⁷ Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 133.

¹¹⁸ Cfr. Viney G., Jourdain P., *Le conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, Paris, 1989, 974 ss. Intanto, nella giurisprudenza, l'opinione tradizionale secondo la quale la responsabilità dei genitori si basa sulla *culpa in vigilando* e *in educando* è stata sostanzialmente abrogata. La più importante sentenza è quella pronunciata il 19 febbraio 1997 dalla Sezione civile della Corte di Cassazione. La seguente massima è una tra quelle enunciate: *seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer les père et mère de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par leur enfant mineur*. Secondo questa sentenza, "non aver potuto impedire il fatto" nell'art. 1384, 7 comma dovrebbe essere interpretato come "non aver potuto impedire il fatto in caso di forza maggiore o di colpa del danneggiato", Quindi, nel caso in cui un danno al terzo è cagionato dal minore, i genitori dovrebbero assumere la responsabilità oggettiva senza la prova dell'assenza della colpa propria. Viney G., Jourdain P., *Le conditions de la responsabilité*, cit., 1000 ss.

¹¹⁹ Viney G., Jourdain P., *Le conditions de la responsabilité*, cit., 861 ss.

dell'artigiano, del padrone e del committente. Quindi, le corti francesi avevano rifiutato la possibilità dell'applicazione dell'art. 1384 nei casi seguenti: la responsabilità del marito per il fatto della sua moglie; la responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli infermi di mente; la responsabilità dei tutori per il fatto dei minori; ecc. Per questi casi, i soggetti che abbiano colpa propria possono assumere la responsabilità normale per colpa secondo gli articoli 1382 e 1383.¹²⁰ Però, rispetto ai casi previsti dall'art. 1384, i danneggiati, in base agli articoli 1382 e 1383, i soggetti devono assumersi tutti i rischi sostanziali e processuali per provare la colpa dei responsabili.

Allo scopo della tutela dei danneggiati, l'opinione tradizionale dell'art. 1384, 1 comma è abrogata dalla dottrina francese sotto l'influenza della famosa sentenza del Blicq dell'assemblea della Corte di Cassazione (il 29 marzo 1991).¹²¹ Infatti, secondo la dottrina attuale, la *responsabilité générale du fait d'autrui* è costruita in base all'art. 1384, 1 comma. In altre parole, oltre alle fattispecie tipiche previste dall'art. 1384, la responsabilità per fatto altrui può estendersi ai nuovi casi in cui esiste un rapporto speciale tra il responsabile e l'autore del fatto.¹²²

C. Riepilogo

a) La sintesi della dottrina francese

Durante un'evoluzione di duecento anni, la responsabilità per fatto altrui nel diritto francese ha subito molti cambiamenti sostanziali, malgrado le parole del Codice

¹²⁰ Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni*, cit., 616 ss.

¹²¹ In questo caso, un infermo di mente paziente del manicomio di Weevauters, dotato di libero accesso al manicomio, incendiava la foresta del Blicq. Il Blicq agiva contro questo manicomio. Però, il manicomio rifiutava di assumere la responsabilità, in base alla ragione che i lavoratori del manicomio non avevano la colpa in vigilanza, perciò, non era obbligato ad assumere la responsabilità secondo l'art. 1383. Per di più, nell'art. 1384 non è prevista disposizione della responsabilità del manicomio per il fatto di un infermo di mente. Ma la Corte di Cassazione respingeva queste obiezioni. Secondo la Cassazione, il centro di assistenza psichiatrica, nell'ambito in cui i pazienti hanno libero accesso sotto la tutela del centro, deve rispondere del fatto degli infermi di mente secondo l'art. 1384, 1 comma, perché il centro ha la qualità e il dovere di controllare e vigilare su questi infermi. Cfr. Viney G., Jourdain P., *Le conditions de la responsabilité*, cit., 837.

¹²² Viney G., Jourdain P., *Le conditions de la responsabilité*, cit., 825 ss.

Napoleone siano rimaste quasi immutate. Nel diritto francese attuale, la responsabilità per fatto altrui, riferendosi ai casi in cui i responsabili devono rispondere degli autori del fatto, è un'eccezione del principio generale della colpa previsto dagli articoli 1382 e 1383, eccezione che si basa non sulla colpa *in vigilando* o *in eligendo*, ma sulla base di un rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto in considerazione del sistema del codice. Per quanto riguarda l'ambito della responsabilità per fatto altrui, le fattispecie tipiche sono la responsabilità dei genitori nell'art. 1384, 4 comma, la responsabilità dei padroni e dei committenti nell'art. 1384, 5 comma, la responsabilità dei precettori e degli artigiani nell'art. 1384, 6 comma. Oltre a queste fattispecie tipiche, l'ambito della responsabilità per fatto altrui può essere esteso in base all'art. 1384, 1 comma fino a tutte le fattispecie del rispondere di altri, comunque, includendo i casi relativi ai rapporti di sorveglianza, di potestà e di preposizione tra i responsabili e gli autori del fatto.

b) Le disposizioni del progetto di riforma dell'obbligazione

È necessario ricordare che in Francia alcuni studiosi hanno recentemente pubblicato un progetto di riforma dell'obbligazione.¹²³ Infatti, questo progetto, che introduce alcune innovazioni, è la sintesi della dottrina francese attuale. Prima di tutto, nella sezione II "*Dispositions propres à la responsabilité extracontractuelle*", v'è una parte chiamata *le fait d'autrui* che include 7 articoli. Fra di loro, l'art. 1355 prevede la responsabilità generale per fatto altrui.¹²⁴ Dopo la clausola generale, sono introdotti due tipi principali di fattispecie della responsabilità per fatto altrui, una è la fattispecie della responsabilità sulla base della *relation d'autorité*, secondo la quale i responsabili devono controllare gli autori del fatto nella vita quotidiana, riguardando cioè le responsabilità dei genitori, tutori, precettori, ecc., per il fatto dei minori o infermi di mente dall'art. 1356 all'art. 1358; l'altra è la fattispecie della responsabilità sulla base

¹²³ Cfr. *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, a cura di Pierre Catala (22 settembre 2005).

¹²⁴ Art. 1355, 1 comma : *On est responsable de plein droit des dommages causés par ceux dont on règle le mode de vie ou dont on organise, encadre ou contrôle l'activité dans son propre intérêt.*

del *lien de préposition*, secondo la quale i responsabili possono organizzare, vigilare o controllare l'attività degli autori del fatto *dans son propre intérêt*, riguardando cioè le responsabilità dei preponenti dall'art. 1359 all'art. 1360.¹²⁵

2. La responsabilità per fatto altrui nel Codice civile italiano del 1865

A. L'articolo 1153 del Codice civile italiano del 1865

“Ciascuno parimente è obbligato non solo per il danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato con il fatto delle persone delle quali deve rispondere, o con le cose che ha in custodia.

Il padre, e, in sua mancanza la madre, sono obbligati per i danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi;

i tutori per i danni cagionati dai loro amministrati abitanti con essi;

i padroni ed i committenti per i danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati;

i precettori e gli artigiani per i danni cagionati dai loro allievi ed apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

La detta responsabilità non ha luogo allorché i genitori, i tutori, i precettori e gli artigiani provano di non avere potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili.”

Ad eccezione di lievi varianti meramente linguistiche, l'art. 1153 ricalcava l'art. 1384 del Codice Napoleone. L'unica differenza sostanziale, per le norme del Codice civile italiano del 1865, era che la presunzione di responsabilità dei genitori si estendeva ai tutori per i danni cagionati dai loro amministrati abitanti con essi, cioè

¹²⁵ Cfr. Viney G., *Exposé des motifs (Sous-titre III De la responsabilité civile)*, in *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, 161 ss.

l'art. 1153, 3 comma.¹²⁶

B. Lo stato delle ricerche

Sulla base della struttura del Codice civile italiano del 1865, relativa alla responsabilità per fatto altrui, le ricerche includono due aspetti: uno è più generale, dedicato alla spiegazione del concetto della responsabilità per fatto altrui; l'altro è più concreta, dedicato alla trattazione degli elementi costitutivi delle fattispecie tipiche. Qui ci si concentra sul primo.¹²⁷

Per quanto riguarda la ricerca di carattere generale, l'art. 1153, 1 comma è il suo fondamento giuridico, il quale ha dato luogo alla fioritura di tale ricerca nella dottrina italiana.¹²⁸ In questo comma, è rilevato un contrapposto concettuale dal legislatore, ossia il contrapposto tra la responsabilità per fatto proprio e la responsabilità per fatto altrui. Peraltro, “ciascuno risponde per il fatto di altre persone delle quali deve rispondere”, è una clausola generale che indica le fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui previste dai commi seguenti dello stesso articolo.

Quindi, in corrispondenza con il testo del codice civile, le trattazioni generali degli studiosi mirano a trattare i problemi seguenti: a) il fondamento della responsabilità; b) la differenza tra la responsabilità per fatto altrui e la responsabilità per fatto proprio; c) l'ambito della responsabilità. In relazione a questi problemi, sebbene vi fossero ampie

¹²⁶ Inoltre, prima del Codice civile italiano del 1865, l'art. 1338 del codice per il Regno delle Due Sicilie del 1827 e l'art. 1502 del codice civile del Regno di Sardegna e Piemonte del 1838 ricalcavano l'art. 1384 del Codice Napoleone, eccetto una piccola differenza, consistente nel fatto che nell'art. 1502 del codice civile del Regno di Sardegna e Piemonte del 1838 i responsabili per il fatto dei minori includevano l'avo oltre ai genitori e ai tutori.

¹²⁷ Riguardo all'ultimo aspetto, non v'erano grandi differenze tra le opinioni dei vari studiosi. E le regole concrete delle fattispecie tipiche nel Codice civile del 1865 erano assimilate dal Codice civile del 1942. Quindi, questo problema del Codice civile del 1865 sarà trattato insieme con quello del Codice civile del 1942 nel capitolo seguente.

¹²⁸ Per delle trattazioni generali successive al Codice civile del 1865, dove il tema in esame veniva ampiamente trattato, vedasi in particolare, quelle di Mazzoni P., *Istituzioni di diritto civile italiano* (IV), quinta edizione, Firenze, 1920, 228 ss; Chironi P., *Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1906, 112 ss; Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni* (V), Firenze, 1904, 403 ss; Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1914, 337 ss; Venezian G., *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni* (I), Roma, 1918, 275 ss; Ruggiero R., *Istituzioni di diritto civile* (II), Messina, 1930, 498 ss; Caravelli, *Per una nuova costruzione della responsabilità per fatto altrui*, in *Rivista Italiana Scienza Giurica*, XVI, 1938, 160; Pacchioni G., *Dei delitti e quasi delitti*, *Diritto civile italiano* (IV), Milano, 1940, 221 s; ecc.

trattazioni degli studiosi, non sembra che si fosse trovato d'accordo. Per di più, in conseguenza dello sviluppo della società e del cambiamento nelle impostazioni delle dottrine, il divario di opinioni era diventato più grande.

C. La discussione del fondamento della responsabilità per fatto altrui

a) La dottrina dominante secondo la quale la responsabilità per fatto altrui si basa sulla colpa dei responsabili, e le critiche.

Come si è visto nella parte precedente, dopo la *Lex Aquilia*, nei secoli successivi a Giustiniano, vi è stata una interpretazione del principio della colpa che tende a costituirlo come unico criterio che unifichi la materia della responsabilità extracontrattuale e assorba in una unica fattispecie generale tutte le fattispecie tipiche speciali. Questo sviluppo si affaccia già all'epoca di Giustiniano, in osservazioni di alcuni giuristi, ma non perviene a tale risultato; esso è presente all'epoca della Glossa, poi, soprattutto nell'età dell'illuminismo e della cosiddetta Scuola del diritto naturale nel 1700, sembra diventare dominante.¹²⁹ Dunque, nel sistema della responsabilità extracontrattuale, alla luce del pensiero dei giusnaturalisti il principio della colpa è elevato ad un principio assoluto senza eccezione, secondo il quale il fondamento della responsabilità extracontrattuale non è che la colpa propria.

(I) La teoria della *culpa in vigilando* o della *culpa in eligendo* e le critiche

Nella dottrina italiana, dunque, v'era una corrente di pensiero che riconduceva in ogni caso la responsabilità per fatto altrui al fondamento della colpa propria, rispettivamente per difetto di sorveglianza, di educazione riguardo ai genitori, tutori, precettori e artigiani (la *culpa in vigilando*) e di scelta e direzione riguardo ai padroni e committenti (la *culpa in eligendo*).¹³⁰ Insomma, secondo questa opinione, quando si

¹²⁹ Schipani S., *Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, 2009.

¹³⁰ Chironi G., *Colpa extracontrattuale*, cit., 112 ss; Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni*, cit., 403 ss; Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 337; Caravelli, *Per una nuova costruzione della responsabilità per fatto altrui*, cit., 160; Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni, Trattato teorico-pratico di diritto civile (IV)*, Milano, 1913, 615; Mazzoni P., *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., 228; Messineo F., *Istituzioni di diritto privato*, seconda edizione riveduta, Milano, 1940, 612; ecc.

parla di responsabilità che si assume per il fatto altrui, è sottinteso il concetto che tale responsabilità abbia luogo perché il fatto altrui è stato conseguenza della colpa propria.

Tuttavia, la regola della responsabilità per fatto altrui è distinta da quella della responsabilità normale prevista dagli articoli 1151 e 1152, quantunque la colpa propria sia considerata come il fondamento della responsabilità. Infatti, nel Codice civile italiano del 1865, venivano introdotte due regole diverse. Anzitutto, una regola generale sulla responsabilità a carico di un soggetto indeterminato che risultasse aver causato per colpa un danno: l'individuazione del soggetto responsabile e la prova della colpa dovevano essere fornite dal danneggiato che agiva in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni. La responsabilità era così stabilita in base al criterio di imputazione soggettiva della colpa. Successivamente, veniva introdotta una regola speciale di presunzione sulla responsabilità, secondo la quale i soggetti speciali hanno la colpa quando i certi specifici danni sono cagionati. Questi soggetti possono esonerarsi dalla responsabilità presunta nel caso di fornirsi delle prove liberatorie previste dalla legge.¹³¹

La responsabilità per fatto altrui appartiene all'ambito dell'ultima regola. Dunque, la responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e degli artigiani, e la responsabilità dei padroni e dei committenti, sono le responsabilità presunte. Vale a dire, allorquando gli autori del fatto, ossia i figli minori, gli allievi, i commessi, ecc., abbiano cagionato un danno a terzi, la legge presume che i genitori, gli artigiani, i committenti, ecc., abbiano la colpa *in vigilando, in educando o in eligendo* per l'evento dannoso e pertanto devono assumere la responsabilità. I presunti responsabili possono esonerarsi dalla responsabilità solo nel caso in cui essi siano riusciti a fornirsi la prova liberatoria. Riguardo al contenuto della prova liberatoria, secondo l'art. 1153, 6 comma, i genitori, i tutori, i precettori e gli artigiani devono provare di non avere potuto impedire il fatto; mentre ai padroni e committenti, il codice civile non

¹³¹ Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 103.

concedeva tale prova liberatoria. Al riguardo, secondo l'opinione dominante d'allora, la responsabilità dei padroni e dei committenti è quella fondata sulla presunzione assoluta di colpa, vale a dire, esiste la colpa *in eligendo* o *in vigilando* dei padroni e dei committenti quando un danno è arrecato dai domestici o dai commessi, tale presunzione sulla responsabilità dei padroni e dei committenti non può essere distrutta dalla prova di non aver la loro colpa. In questa fattispecie, i padroni e i committenti possono esonerarsi dalla responsabilità solo in base al limite comune della responsabilità extracontrattuale, per esempio, il danno è arrecato dal caso fortuito o dalla forza maggiore, ecc.¹³²

Attraverso la regola della presunzione, quindi, la posizione della vittima è notevolmente facilitata, perché le responsabilità per il fatto illecito del minore o del soggetto sottoposto a tutela, o dell'allievo, o dell'apprendista, o del commesso, o del domestico sono immediatamente previste in capo ai soggetti considerati dal codice civile, senza alcuna necessità di accertarne una loro colpa. Ogni rischio sostanziale o processuale della prova liberatoria ricade pertanto sui soggetti presunti responsabili, i quali potranno escludere l'imputazione legale di responsabilità solo attraverso la difficilissima prova della inevitabilità del fatto dannoso in riferimento ai doveri particolari richiesti nelle singole ipotesi.¹³³

La regola speciale, secondo la quale l'onere dei responsabili è aggravato, può essere giustificata dalle esigenze considerate dai legislatori francesi. All'inizio, la presunzione di colpa induceva il legislatore francese ad introdurre l'articolo 1384 del Codice Napoleone, dal quale deriva direttamente l'art. 1153 del Codice civile italiano del 1865. Quanto allo scopo dell'art. 1384 del Codice Napoleone, i relatori accennavano ad una motivazione secondo la quale la regola svolge, inducendo i responsabili a bene vigilare o scegliere l'autore del fatto, al fine di evitare di incorrere in responsabilità. Oltre a ciò, era anche indicata, a giustificazione della norma di legge,

¹³² Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni*, cit., 410 ss; Ruggiero R., *Istituzioni di diritto civile*, cit., 500; ecc.

¹³³ Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 208.

un'altra motivazione, quella della garanzia dell'obbligazione altrui. Infatti, la responsabilità dei padri, madri, tutori, padroni, ecc., è spesso la garanzia della riparazione del danno arrecato a terzi dagli autori del fatto. Rispetto alla responsabilità normale, alla responsabilità nell'art. 1153 (nell'art. 1384 del Codice Napoleone) è attribuita la duplicità di motivazione, sia della garanzia di riparazione del danno sia del richiamo ad un comportamento vigile ed oculato dei responsabili. Dunque, la responsabilità aggravata cade sui soggetti suddetti.¹³⁴

Rispetto all'analisi della responsabilità per fatto altrui nel diritto romano, tale teoria delle colpe, mirata a sostenere l'unicità del fondamento della responsabilità nella colpa secondo una visione tradizionalista e distorta, ha trascurato la specialità della responsabilità per fatto altrui e contorto la sua caratteristica. Infatti, considerando solo gli aspetti attuativi della responsabilità, cioè l'educazione, la disciplina, la sorveglianza, la selezione, ecc., si sono dimenticati i rapporti intercorrenti (di potestà, di sorveglianza, di preposizione) tra i responsabili e gli autori del fatto, che rappresentano invece la base fondante della responsabilità stessa. Per di più, la più importante considerazione della responsabilità per fatto altrui nella società industriale è quella di un ruolo non affittivo della sanzione, bensì risarcitorio, sulla base di esigenze di ripartizione dei danni delle vittime. Dunque, tale teoria della colpa è stata man mano abbandonata dagli studiosi italiani nell'interpretazione della responsabilità per fatto altrui.

(II) La teoria di rappresentanza e le critiche

È necessario inoltre notare un'altra opinione influente in Italia. A differenza dell'opinione suddetta, secondo l'interpretazione del Chironi,¹³⁵ sebbene fosse accolta

¹³⁴ Trimarchi P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 65-66. Si noti che, secondo gli studiosi che sostengono l'unicità della colpa come il fondamento della responsabilità extracontrattuale, la diversa costruzione delle fattispecie di responsabilità per colpa presunta, dal punto di vista del sistema, non deve essere considerata in contrasto con il principio generale della colpa, in quanto il fondamento della responsabilità è la *culpa in eligendo* o *in vigilando*. Cfr. Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni, Trattato teorico-pratico di diritto civile*, cit., 615-616.

¹³⁵ Chironi P., *Colpa extracontrattuale* (I), Torino, 1903, 372 ss.

dallo studioso anche l'opinione secondo cui la responsabilità per fatto altrui si basa sulla colpa del responsabile, si deve distinguere la responsabilità dei padroni e dei committenti dalla responsabilità di padri, madri, tutori, ecc., in quanto è vano cercare ad ogni costo una responsabilità del preponente con delle *fictiones iuris* di presunzioni assolute di *culpa in eligendo*. La disposizione dell'art. 1153, 4 comma, dipende infatti da una ragione assai diversa e poggia sulla teoria di rappresentanza.

Questa teoria si fonda sull'ipotesi, secondo la quale il commesso e il domestico sarebbero la lunga mano del padrone e del committente, quindi, si attuerebbe di fatto una sorta di rappresentanza in cui il domestico o commesso e il padrone o committente sono identificati come un'unica figura, perché l'unicità della funzione produce l'unicità del fenomeno, per cui si attuerebbe una confusione fra le due personalità di fronte all'obbligazione di risarcimento. Così la convergenza dell'obbligazione di risarcimento è portata sul terreno dell'imputabilità soggettiva del preponente sostenendo che per naturale attrazione o per effetto riflesso l'imputazione soggettiva dell'uno (il commesso o il domestico) richiama la imputazione soggettiva dell'altro (il committente o il padrone). Si costruisce così una responsabilità di quest'ultimo per fatto proprio, anch'essa fondata sulla colpa.

La teoria qui costruita, secondo il Chironi, appare conforme alla disposizione del codice. Nella fattispecie cioè della responsabilità per il fatto illecito del rappresentante, non vi è presunzione di colpa sia *in eligendo* che *in vigilando*; di conseguenza appare giusto il diniego al responsabile della prova contraria, la quale non avrebbe ragione di essere. Perché concedergliela dal momento che la sua responsabilità non scaturisce da presunzione alcuna di colpa a lui personale? Dove c'è presunzione di colpa, la giustizia vuole che sia salva la prova contraria: e quando la legge l'ha ammessa, ha concesso a chi si presume in colpa la facoltà di liberarsene. Insomma, il divieto della prova liberatoria è inconciliabile con la presunzione di colpa nella scelta e nella sorveglianza. Dunque, nel campo della responsabilità dei padroni e dei committenti, i soggetti suddetti assumono la responsabilità in base alla rappresentanza.

Tuttavia, questa dottrina era criticata per diverse ragioni. Alcuni ritenevano che la dottrina fosse contraria al concetto ispiratore nell'art. 1153 del Codice civile italiano del 1865, risultato dai motivi dell'art. 1384 del Codice Napoleone, e copiato letteralmente dall'art. 1153: i suoi motivi, tra i quali non fu mai fatto cenno della rappresentanza, ma soltanto della colpa nella sorveglianza difettosa o nella selezione male, che il legislatore presume nei padroni o nei committenti. Ancora, la suddetta dottrina è contraria alla trattazione relativa di Pothier, Treihard, ecc.; altri ritenevano che il dettato dell'art. 1153 fosse univoco, e si riferisse esclusivamente alla responsabilità del fatto non proprio, ma dei propri dipendenti; né può piegarsi alla responsabilità del fatto proprio, quale sarebbe quella del rappresentante poiché in ciò sta appunto l'essenza giuridica della rappresentanza: che le due persone del rappresentante e del rappresentato si unificano, e il fatto dell'uno è il fatto dell'altro. In somma, la teoria del Chironi, a causa dei suoi difetti, non era accettata dalla maggioranza degli studiosi italiani.¹³⁶

b) L'abbandono della dottrina tradizionale

Negli anni successivi alla pubblicazione del Codice civile italiano del 1865, la dottrina secondo cui la colpa è l'unico fondamento per la responsabilità, occupava la posizione dominante. Però, seguendo lo sviluppo della società e il cambio dell'ambiente dottrinale, gli studiosi italiani cominciavano a criticare le disposizioni positive del codice civile e la dottrina dominante.

In materia di responsabilità extracontrattuale, il Codice civile italiano del 1865 si è ispirato ai medesimi principi ai quali si era ispirato nel Codice Napoleone del 1804. Di conseguenza, ci si trova di fronte ad una questione, la soluzione della quale ha un valore pregiudiziale circa il modo di intendere e di interpretare le disposizioni contenute negli articoli 1153-1156. Infatti, nella società italiana del 1865, parimenti a

¹³⁶ Cfr. Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 388 ss; Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni*, cit., 414 ss; Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968, 699 ss; ecc.

quella della Francia del 1804, non si erano ancora avuti rivolgimenti economico-sociali capaci di alterare profondamente tutti gli aspetti della vita privata e pubblica. È naturale pertanto che nel diritto civile non si riscontrino idee e criteri nuovi, escogitati solo in seguito per incontrare e soddisfare in modo più esauriente le necessità della nuova vita. Ciò spiega come i primi commentatori del codice civile francese, nel trattare dei casi regolati nell'art. 1384, equivalente agli articoli 1153-1156 del Codice civile italiano del 1865, si attenessero, ad ogni costo, al concetto della colpa: essi non credevano possibile fare ricorso ad altri concetti diversi.¹³⁷

Solo mezzo secolo dopo, tuttavia, si ebbe un approfondimento delle nuove idee e dei nuovi criteri in base allo sviluppo sociale. In Francia, e più tardi in Italia, le nuove idee penetravano largamente nella dottrina civile, che sempre più si veniva emancipando dal preconetto per cui la colpa dovesse essere basata soltanto sulla responsabilità civile.¹³⁸ Conseguentemente, alla fine del 1800, in Italia nascevano i primi movimenti a favore della responsabilità senza colpa, in funzione di tutela del danneggiato.¹³⁹ In questo nuovo ambiente giuridico, si ingaggiava nel campo della responsabilità civile, come in tanti altri, una lotta fra la legislazione e la dottrina, la quale non era solo feconda di suggerimenti per la riforma del codice, ma allargava anche i metodi della interpretazione del medesimo.¹⁴⁰

(I) Le dottrine dei criteri oggettivi

In materia della responsabilità per fatto altrui, l'interpretazione dell'art. 1153 del codice civile poteva essere operata più liberamente. Secondo alcuni studiosi, all'obbligazione dell'autore del fatto che ha arrecato il danno si aggiunge, a maggior

¹³⁷ Toullier C.B.M., *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice* (Volume XI), seconda edizione, Napoli, 1832, 228 ss; Merlo F., *Istituzioni del diritto civile*, Torino, 1846, 333 s; Pacchioni G., *Dei delitti e quasi delitti*, cit., 221.

¹³⁸ Pacchioni G., *Dei delitti e quasi delitti*, cit., 221.

¹³⁹ Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 133.

¹⁴⁰ Pacchioni G., *Dei delitti e quasi delitti*, cit., 221.

garanzia dei terzi eventualmente danneggiati, l'obbligazione di certe persone che, per trovarsi in un certo rapporto con l'autore del fatto, devono rispondere dei suoi fatti. Secondo l'art. 1153, queste persone sono il padre e in sua assenza la madre, per i figli minori abitanti con essi; i tutori, per i loro amministrati abitanti con essi; i padroni e i committenti, per i loro domestici e commessi per gli atti compiuti nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati; i precettori e gli artigiani, per i loro allievi ed apprendisti, per il tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.¹⁴¹

Inoltre, per quanto concerne la responsabilità dei padroni e dei committenti, alcuni studiosi ritengono che l'interpretazione tradizionale, secondo cui la *culpa in eligendo* è il fondamento della responsabilità, è ovviamente una falsificazione giuridica per mantenere il vecchio sistema in cui la colpa è l'unico fondamento della responsabilità. Di fronte al testo positivo dell'art. 1153, tale interpretazione pone una grave difficoltà esegetica per quanto riguarda la prova liberatoria.¹⁴² Quindi, a differenza della responsabilità dei padri, delle madri, ecc., riguardo alla responsabilità dei padroni e dei committenti, si deve confutare la dottrina tradizionale, che ripone il fondamento della responsabilità in una *culpa in eligendo* o *in vigilando*. In senso del tutto opposto, si muove la dottrina che ritiene di ricondurre la responsabilità dei padroni e dei committenti nell'ambito di quella oggettiva, a tal scopo richiamando la teoria del "rischio dell'attività", secondo cui quando un'attività è condotta nell'interesse di una persona, quest'ultima sia tenuta a riparare l'eventuale danno causato ad altri da quest'attività. Cioè, poiché le attività dei dipendenti, includendo i prodotti del lavoro ed i fatti illeciti nel corso di lavoro, sono condotte nell'interesse del padrone o del committente, essi, oltre a trarre profitto dal lavoro, sono tenuti alla responsabilità per

¹⁴¹ Pacchioni G., *Dei delitti e quasi delitti*, cit., 222-224.

¹⁴² Questo articolo, come si è ricordato, sancisce la responsabilità per fatto altrui di quattro categorie di persone, ma, per tre di esse, ammette che possano esonerarsi dalla responsabilità ad essi addossata, dimostrando di non avere potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili. Su questi testi del codice si basa specialmente il Giorgi, ecc., per sostenere che la responsabilità è basata (almeno in questi tre casi) su di una colpa presunta. Si risponde che si tratta di una svista legislativa, e che anche il padrone od il committente dovrebbero poter esonerarsi dalla responsabilità dimostrando di non avere potuto evitare il fatto colposo del proprio commesso. Cfr. Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni*, cit., 411 ss. Ma, secondo il Pacchioni, l'argomentazione è arbitraria, perché la legge è comando, e dove il comando esiste bisogna rispettarlo, pur chiedendone la revocazione. Cfr. Pacchioni G., *Dei delitti e quasi delitti*, cit., 225.

il fatto dei dipendenti.¹⁴³

(II) Le critiche dalla dottrina tradizionale

Tuttavia, tali nuove dottrine sono contraddette dagli studiosi che sostengono la dottrina tradizionale.¹⁴⁴

Dal punto di vista del sistema, soprattutto i sei articoli che nel Codice civile italiano del 1865 compongono la sezione dei delitti e dei quasi delitti costituiscono un sistema armonico, dove il concetto della colpa è intessuto da capo a fondo, e conservato sempre in modo da rimanere il fondamento unico della responsabilità civile. Lo dice la formula larghissima e fondamentale dell'art. 1151, come lo fa capire quella meno ampia e subordinata dell'art. 1153: secondo le quali l'intervento della colpa appartiene sempre all'essenza della responsabilità, sia che essa intervenga indirettamente nel fatto dannoso, sia quando vi intervenga in modo diretto: poiché, in fin dei conti, anche nella responsabilità per il fatto non proprio vi ha una colpa propria per difetto di sorveglianza e di elezione: questa colpa, che per nesso di causa è la ragione vera della responsabilità civile addossata a chi manca di vigilanza nel sorvegliare o nello scegliere colui che commette il fatto dannoso.

Inoltre, riguardo ai criteri oggettivi, essi non bastano a surrogare la teoria della colpa. Infatti, questi criteri oggettivi, in particolare la teoria del rischio dell'attività, possono servire soltanto quali aggiunte alla classica teoria delle responsabilità civili, come assunzione contrattuale e legale di fortuiti, nei casi in cui o per il patto delle parti, o una disposizione di legge *pro bono* pubblico esiga questa specie di assicurazione per l'esercizio di imprese od industrie pericolose.

Contro la teoria della garanzia, secondo il Chironi, "l'argomentazione può correre

¹⁴³ Barassi L., *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio—in speciale modo a mezzo di animali*, in *Rivista Italiana Scienza Giuridica*, 1897, 379 s; Coviello N., *Le responsabilità senza colpa*, in *Rivista Italiana Scienza Giuridica*, 1897, 202 s; ecc.

¹⁴⁴ Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni*, cit., 418-422.

sì ma non vittoriosamente, perché vi si oppongono la formazione della legge, nella sua storia e nello stato che ha, e la pochezza o addirittura la nullità dei risultati che dalla sostituzione dei concetti deriverebbero. La prima apparenza determinerebbe, è vero, la figura della responsabilità inerente alla situazione come è in fatto: ma quando si pensi che le persone cui dalla legge tale obbligo è imposto, hanno il diritto di far la prova liberatoria dimostrante che non poterono impedire l'ingiuria, che cioè vigilarono secondo dovevano, è certo che tal prova tende ad eliminare la colpa: e siccome di questo elemento l'offeso non fece la prova, è pur chiaro che esso era presunto nel fatto. Il quale dunque non induce la responsabilità oggettiva, o garanzia, che altrimenti la prova della non colpa non si intenderebbe: induce soltanto la presunzione della colpa, del comportamento negligente: cosicché in questa parte dell'ordinamento legale non può più essere luogo al concetto della responsabilità senza colpa".¹⁴⁵

Rispetto alla presunzione assoluta della responsabilità dei padroni e dei commessi, alcuni studiosi tradizionali ritengono addirittura che tale regola, negando il diritto alla prova contraria, è strana nel sistema della responsabilità extracontrattuale. Poiché il legislatore accettò con troppa leggerezza dal Codice civile francese la rigorosissima disposizione dell'art. 1153, in quella parte che aggrava i padroni ed i committenti della presunzione di colpa nella scelta dei domestici e dei commessi, e nella vigilanza sui medesimi; e per di più toglie loro il diritto di purgarsene con la prova contraria. Quindi, tale disposizione rigorosa, la quale non solo può essere fonte di gravi ingiustizie, ma riesce anche contraria al principio di colpa, deve essere abrogata.¹⁴⁶

c) Riepilogo: la tendenza dell'abbandono delle teorie della *culpa* e il ritorno dei criteri oggettivi per il fondamento della responsabilità per fatto altrui

Nel diritto romano, come si è rilevato, le fattispecie della responsabilità per fatto

¹⁴⁵ Chironi P., *Colpa extracontrattuale*, II, cit., 116.

¹⁴⁶ Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni*, cit., 412.

altrui si basano sui rapporti di potestà, di sorveglianza, di preposizione tra i responsabili e gli autori del fatto. Però, questa individuazione romanistica è man mano trascurata nei secoli successivi perché il dogma della colpa, secondo il quale tutte le responsabilità devono basarsi sulla colpa propria, dominava l'interpretazione della responsabilità per fatto altrui. Di conseguenza, la responsabilità per fatto altrui, alla luce del suddetto dogma, è considerata come quella fondata sulla colpa propria del responsabile.

Tuttavia, tale idea di responsabilità per fatto altrui, dopo un lungo periodo di fioritura durato quasi un secolo, sembra aver perduto oggi ogni importanza, anzi sembra quasi essere scomparsa dal novero delle idee che tengono il campo nella moderna responsabilità civile.¹⁴⁷ Infatti, seguendo lo sviluppo sociale e il cambiamento dell'ambiente dottrinale, i giuristi si sono gradualmente resi conto dei difetti della dottrina tradizionale, la quale ha trascurato la specialità della responsabilità per fatto altrui e contorto la sua caratteristica, in una falsificazione giuridica atta a mantenere intatto il sistema in cui la colpa è l'unico fondamento della responsabilità. Per di più, la più importante considerazione della responsabilità per fatto altrui nella società industriale è quella di un ruolo non afflittivo della sanzione, bensì risarcitorio, sulla base di esigenze di ripartizione dei danni delle vittime. Quindi, la dottrina tradizionale della colpa è man mano abbandonata dai giuristi italiani. Inoltre, le dottrine contemporanee, dedicandosi alla tutela delle vittime e tralasciando l'imputazione della colpa dei responsabili, si rivolgono a criteri oggettivi per interpretare la responsabilità per fatto altrui, ad esempio, la teoria del rischio o della garanzia, ecc.

Ma riguardo alla responsabilità per fatto altrui, abbiamo bisogno di trovare il fondamento adatto per sistemare questo tipo di fattispecie, perché la teoria del rischio e la teoria della garanzia sono entrambe troppo generiche e non possono interpretare la specificità della responsabilità per fatto altrui. Dunque, a mio avviso, la

¹⁴⁷ Corsaro L., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 383.

responsabilità in esame deve basarsi sul rapporto speciale tra i responsabili e gli autori del fatto.¹⁴⁸

D. La differenza tra la responsabilità per fatto altrui e la responsabilità per fatto proprio

Secondo l'espressione letterale nell'art. 1153, 1 comma, il legislatore ha la volontà di rilevare il contrapposto concettuale tra la responsabilità per fatto proprio e la responsabilità per fatto altrui.¹⁴⁹ Quindi, nella trattazione della responsabilità per fatto altrui, gli studiosi devono differenziare le due responsabilità.

Per quanto riguarda la responsabilità per fatto altrui, secondo gli studiosi tradizionali,¹⁵⁰ si intende che le persone civilmente responsabili siano ordinariamente estranee alla consumazione del fatto altrui, quindi da questo punto di vista potrebbe dirsi che si risponde del fatto altrui. Però, alla luce dello spirito della legge, ciascuno non può essere responsabile che del fatto proprio. Perfino il Consolo riteneva che *“la legge che violasse questa regola fondamentale della imputabilità delle azioni umane rendendoci garanti delle azioni altrui, alle quali non fossimo concorsi né direttamente né indirettamente, sarebbe una legge ingiusta e violatrice della morale.”*¹⁵¹ Di conseguenza, tramite la teoria della *culpa in eligendo* e *in vigilando*, la responsabilità per fatto altrui è interpretata come una vera responsabilità per fatto proprio. Dunque, nel codice civile, la responsabilità per fatto altrui è distinta da quella per fatto proprio, sia perché ci sono i fatti in cui un soggetto risponde dell'altro dal punto di vista della realtà; sia perché la responsabilità per fatto altrui si contenta della presunzione legale della colpa dal punto di vista della tecnica giuridica.

¹⁴⁸ Per quanto riguarda la scelta della dottrina del fondamento della responsabilità per fatto altrui, sarà discusso più ampiamente nel seguente capitolo.

¹⁴⁹ Pacchioni G., *Dei delitti e quasi delitti*, cit., 222.

¹⁵⁰ Chironi P., *Colpa extracontrattuale*, II, cit., 366; Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 337; Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni*, cit., 422; ecc.

¹⁵¹ Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 337.

Qui emerge un problema relativo alla differenza tra il concorso di persone nei fatti illeciti e la responsabilità per fatto altrui. Secondo l'interpretazione suddetta, sembra che il confine tra essi non sia più chiaro come quello del diritto romano, in quanto la responsabilità per fatto altrui nel diritto romano, come si è visto, è quella oggettiva in cui la colpa del responsabile non è il presupposto; invece qui la responsabilità per fatto altrui è interpretata come una responsabilità per fatto proprio in cui il responsabile risponde alla colpa propria *in vigilando* o *in eligendo*. Però, c'è ancora una differenza: nella responsabilità per fatto altrui, l'autore materiale non è tenuto al risarcimento del danno alla vittima; invece, nel concorso di persone nei fatti illeciti, sia l'autore materiale sia l'autore morale, sono tutti obbligati solidariamente al risarcimento del danno della vittima.¹⁵²

Seguendo la critica alla dottrina tradizionale, erano proposte dottrine diverse per l'individuazione della responsabilità per fatto altrui. Secondo il Ferrini,¹⁵³ nei casi in cui il danno è arrecato dai figli, dagli allievi, ecc., i padri, le madri, i tutori, i precettori e gli artigiani assumono la responsabilità sulla base delle colpe *in vigilando* e *in educando*. Quindi, in queste fattispecie, la responsabilità è, in buon sostanza, quella per fatto proprio, cioè i responsabili rispondono per il fatto colposo o doloso. Invece, la fattispecie della responsabilità dei committenti e dei padroni ai quali l'art. 1153 non concede alcuna prova liberatoria, è quella che più veramente merita il nome di responsabilità per fatto altrui, in quanto la legge fa risalire direttamente a un soggetto gli effetti del delitto altrui.

Oltre al Ferrini, secondo il Pacchioni, la responsabilità per il fatto proprio si differenzia dalla responsabilità per il fatto altrui: la responsabilità per fatto proprio, presuppone un fatto illecito proprio, mentre la responsabilità per fatto altrui presuppone un fatto illecito altrui, fondata su di una colpa altrui (o su di un'attività altrui implicante responsabilità senza colpa), dalla quale la legge fa discendere

¹⁵² Venezian G., *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., 286.

¹⁵³ Ferrini F., voce *Delitti e quasi delitti*, in *Digesto Italiano*, IX, 1924, 806.

l'obbligo del risarcimento. Ne discende che colui che risponde per il fatto altrui, non risponde per un debito proprio, ma per un debito altrui, e che la sua responsabilità è pura responsabilità senza debito proprio, cioè pura rispondenza o garanzia per un debito altrui.¹⁵⁴

Tralasciando le differenze dell'individuazione della responsabilità per fatto altrui tra gli studiosi italiani, potremmo comunque riconoscere che, a seguito della caduta del dogma della colpa, la tradizionale interpretazione che, tramite una finzione giuridica considera la responsabilità per fatto altrui come la responsabilità per fatto proprio, è abbandonata man mano dalla dottrina italiana. Invece, gli studiosi si rivolgono ad individuare la responsabilità per fatto altrui nei casi in cui sussistano rapporti speciali tra i responsabili e gli autori del fatto.

E. L'ambito della responsabilità per fatto altrui

Per quanto riguarda l'ambito della responsabilità per fatto altrui, il problema si concentra in una questione: se la responsabilità per fatto altrui abbia luogo solo nei casi previsti esplicitamente dalla legge, o se possa estendersi per analogia ad altri casi.

Secondo la grande maggioranza degli studiosi,¹⁵⁵ l'art. 1153 del codice civile enumera i responsabili per fatto altrui e stabilisce, come si è visto, una presunzione di responsabilità che non sempre può esser distrutta da prova contraria. Quindi, per le sue caratteristiche, la disposizione delle persone responsabili secondo l'art. 1153 deve essere interpretata in senso stretto, includendo solo i soggetti previsti dalla legge, ossia i padri, le madri, i tutori, i precettori, gli artigiani, i committenti e i padroni. Né può estendersi per analogia; per esempio, il marito non è il responsabile, in questa sola sua qualità, del danno cagionato dal fatto della moglie; lo zio e la zia non sono

¹⁵⁴ Pacchioni G., *Dei delitti e quasi delitti*, cit., 223.

¹⁵⁵ Cfr. Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 337-338; Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni*, cit., 674-676; Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni*, cit., 424-425; ecc.

responsabili del danno cagionato dal nipote minorenni, abitante con essi; ecc.¹⁵⁶

Sulla base dell'interpretazione tassativa, perciò, l'art. 1153, 1 comma del codice civile, che informa che *“ciascuno è obbligato non solo per il danno ... che viene arrecato con il fatto delle persone delle quali deve rispondere”*, è considerato come una clausola descrittiva. Vale a dire, la responsabilità presunta per fatto altrui non può estendersi per analogia ad altri casi secondo questa clausola, in quanto essa è solo una lista per indicare le fattispecie seguenti della responsabilità per fatto altrui previste dalla legge.¹⁵⁷

Nondimeno, secondo gli studiosi,¹⁵⁸ la regola non deve essere esagerata e credere che la responsabilità per fatto altrui abbia luogo soltanto nei casi previsti dall'art. 1153. Noi rispondiamo del fatto altrui anche quando tal fatto ci sia imputabile, il che è un'applicazione dell'art. 1151. Però, in questo caso l'attore deve provare la colpa di colui che è chiamato responsabile, mentre nei casi dell'art. 1153 la colpa è presunta, l'attore è dispensato da tal prova a causa della presunzione.¹⁵⁹

3. Postilla: cenni sulla responsabilità per fatto altrui nel BGB

A. Gli articoli

Art. 831 (Responsabilità per gli ausiliari nell'attività):

Chi commissiona ad un altro un'attività, è obbligato al risarcimento del danno che

¹⁵⁶ Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni*, cit., 674-676.

¹⁵⁷ Questa interpretazione per l'art. 1153, 1 comma, è uguale a quella del diritto francese. Però, nella giurisprudenza francese, l'art. 1384, 1 comma diventa un principio generale della responsabilità per fatto altrui, secondo il quale i giudici possono estendere a fattispecie nuove per analogia. Rispetto a questo problema, se ne discuterà a breve.

¹⁵⁸ Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 337-338; Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni*, cit., 424-425; Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni*, cit., 620.

¹⁵⁹ Si possono immaginare molti casi relativi. Per esempio, allorché il figlio è maggiorenne, i genitori non potrebbero essere dichiarati responsabili, anche quando l'autore del fatto dannoso fosse colpito da alienazione mentale. Invano si invocherebbe, a sostegno dell'opinione contraria, un argomento d'analogia; invano si direbbe che il padre o la madre avrebbe estendere una presunzione legale al di là dei termini della disposizione che la stabilisce. Però, si potrebbe far luogo, in tal caso, alla responsabilità sancita dagli articoli 1151 e 1152, se si provasse, a carico dei genitori, l'esistenza di una colpa; ma la colpa non sarebbe più presunta.

l'altro arreca illecitamente ad un terzo in esecuzione dell'attività. L'obbligo di risarcimento non sorge se il titolare dell'affare, nella scelta della persona incaricata e nel procacciamento o nella direzione, osserva la diligenza richiesta nel traffico giuridico o se il danno si sarebbe verificato anche con l'impiego di tale diligenza, nella misura in cui egli debba procurare dispositivi e arnesi o dirigere l'esecuzione dell'operazione.

La stessa responsabilità grava su chi assume per contratto per conto del titolare dell'affare la cura di uno degli affari indicati nel comma 1, periodo 2.

Art. 832 (Responsabilità dell'obligato alla sorveglianza):

Chi è obbligato in forza di legge all'esercizio della sorveglianza su una persona, che necessita di sorveglianza per minore età o per il suo stato mentale o fisico, è tenuto al risarcimento del danno che questa persona arreca illecitamente ad un terzo. L'obbligo di risarcimento non sorge se egli assolve al suo obbligo di sorveglianza o se il danno si sarebbe verificato anche con l'esercizio della sorveglianza dovuta.

La stessa responsabilità grava su chi assume per contratto l'esercizio della sorveglianza.

B. Analisi sintetica

a) La discussione generale

Nel Codice civile tedesco, il sistema del capitolo di “*unerlaubte Handlungen*” è costruito alla luce del modello del diritto romano. Vale a dire, il principio generale della colpa previsto nell'art. 823,¹⁶⁰ come il centro del sistema della responsabilità extracontrattuale, può essere in grado di estendersi a qualsiasi situazione nuova. A

¹⁶⁰ L'art. 823 (obbligo di risarcimento del danno): 1) *Chi dolosamente o colposamente lede illecitamente la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o un altro diritto altrui, è obbligato verso l'altro al risarcimento del danno da ciò derivante; 2) Lo stesso obbligo incombe su chi viola una legge che mira alla tutela di un altro. Se secondo il tenore della legge è possibile una violazione di questa anche senza colpa, l'obbligo di risarcimento sorge solo nel caso di colpa.*

fianco del principio generale, le fattispecie speciali, come le eccezioni, sono previste sulla base di ragioni particolari.¹⁶¹

In questo sistema, le fattispecie della responsabilità per fatto altrui, che appartengono all'ambito delle fattispecie speciali, svolgono i ruoli di eccezioni del principio della colpa nel caso in cui tra i responsabili e gli autori del fatto esista un rapporto di sorveglianza (l'art. 831) o un rapporto di preposizione (l'art. 832). Tuttavia, sotto l'influenza del dogma della colpa, secondo il quale essa è il fondamento unico della responsabilità extracontrattuale, la responsabilità per fatto altrui è considerata come la responsabilità per colpa *in vigilando* o *in eligendo*. Inoltre, allo scopo della tutela delle vittime, la regola della presunzione è introdotta nelle fattispecie della responsabilità per fatto altrui. Perciò, la responsabilità per fatto altrui in base alla presunzione, a differenza della responsabilità normale, è il terzo genere di responsabilità fra la responsabilità per colpa (*Verschuldenshaftung*) e la responsabilità oggettiva (*Gefährdungshaftung*).¹⁶²

Seguendo lo sviluppo sociale e il nuovo ambiente giuridico, nella dottrina tedesca, come in altri paesi del sistema romanistico, emerge la tendenza ad abbandonare tale palese falsificazione, e ci si rivolge a criteri oggettivi per il fondamento della responsabilità per fatto altrui, in particolare alla sua specificità, vale a dire che tra i soggetti esiste un rapporto di *Verkehrssicherungspflichten*, secondo il quale la persona deve adottare il provvedimento adeguato per evitare il danno a terzo nell'ambito del suo controllo. Tale rapporto, infatti, include i rapporti speciali (di sorveglianza, di famiglia, di preposizione, ecc.) intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto.¹⁶³

A differenza della dottrina italiana e francese, i giuristi tedeschi non sono interessati a discutere questo tipo di responsabilità in modo unitario. Poiché, nel Codice civile tedesco non v'è la cosiddetta clausola generale della responsabilità per fatto altrui,

¹⁶¹ Fedtke J., Magnus U., *Liability for damage caused by others under German law*, cit., 107.

¹⁶² Fedtke J., Magnus U., *Liability for damage caused by others under German law*, cit., 109.

¹⁶³ Fuchs M., *Deliktsrecht*, Tradotto da Qi Xiaokun, Pechino, 2006, 55 ss.

come invece appare, per esempio, l'art. 1153, 1 comma del Codice civile italiano del 1865, e l'art. 1384, 1 comma. Per di più, le fattispecie relative sono previste in due articoli diversi, cioè l'art. 831 e l'art. 832. Dunque, l'attenzione della dottrina tedesca ricade piuttosto sulle singole caratteristiche di ciascun gruppo di casi.¹⁶⁴

Però, dal punto di vista della struttura intera, nel capitolo di “*unerlaubte Handlungen*”, vi si avvicinano la responsabilità dei preponenti dell'art. 831 e la responsabilità dei sorveglianti dell'art. 832. Tale collocazione, infatti, si basa sulla considerazione della caratteristica comune tra le fattispecie, nelle quali tra i soggetti esiste un rapporto di *Verkehrssicherungspflichten*. Quindi, nelle trattazioni di alcuni studiosi tedeschi, queste fattispecie sono discusse unitariamente, per esempio *Haftung für pflichtwidriges Verhalten anderer*, che è simile all'espressione *responsabilità per fatto altrui*, include ‘*Haftung bei Schädigung durch Gehilfen*’ e ‘*Haftung bei Schädigung durch Minderjährige*’.¹⁶⁵

b) Le fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui

(I) La responsabilità dei preponenti

Secondo l'art. 831 del BGB, il preponente deve assumere la responsabilità del danno cagionato alla vittima dal preposto. Fra queste due parti, innanzitutto, deve esistere un rapporto di preposizione, cioè quello per cui un soggetto (il preponente) si appropria dell'attività altrui (il preposto). Per confermare l'esistenza del rapporto, oltre al fatto che il preposto sia incaricato del compimento di un'opera o di un servizio, il più importante criterio è che il preposto sia alle dipendenze e sotto la direzione del preponente.¹⁶⁶ In base al rapporto, il preponente è obbligato ad esercitare la cura ordinaria per quanto riguarda la fornitura o la vigilanza. Poi, secondo l'art. 831, 2 comma, il preponente può affidare il dovere di controllo e vigilanza ad altro tramite

¹⁶⁴ Fedtke J., Magnus U., *Liability for damage caused by others under German law*, cit., 107.

¹⁶⁵ Kötz H., Wagner G., *Deliktsrecht*, cit., 106 ss.

¹⁶⁶ Fuchs M., *Deliktsrecht*, cit., 98.

contratto, per il quale l'affidato sarà tenuto alla responsabilità.

Secondo l'art. 831, i responsabili rispondono solo del danno arrecato dal fatto illecito dei loro dipendenti nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti. Quindi, deve esistere una connessione tra incombenze e danno. L'interpretazione giurisprudenziale tedesca propone il criterio secondo il quale tra l'esercizio delle incombenze ed il danno sussista il cosiddetto nesso diretto interno.¹⁶⁷ Cioè, è sufficiente che l'esercizio delle incombenze esponga il terzo all'ingerenza dannosa del preposto. Se così, il preponente ne risponde pur se il preposto abbia abusato della sua posizione, contravvenendo alle istruzioni ricevute, affidando ad altri l'esecuzione delle proprie incombenze, agendo per finalità estranee a quelle del preponente, ecc.¹⁶⁸

Riguardo al fondamento della responsabilità, alla luce dell'opinione del legislatore fondata sul dogma secondo cui tutte le responsabilità si devono basare sulla colpa, la responsabilità dei preponenti è anche considerata come una fattispecie della responsabilità per colpa. È inoltre introdotta la presunzione secondo la quale la responsabilità non cade sul preponente, nel caso in cui il preponente possa provare l'assenza della colpa, cioè il titolare dell'affare, nella scelta della persona incaricata e nel procacciamento o nella direzione, osserva la diligenza richiesta nel traffico giuridico o se il danno si sarebbe verificato anche con l'impiego di tale diligenza, nella misura in cui egli debba procurare dispositivi e arnesi o dirigere l'esecuzione dell'operazione.¹⁶⁹

Però, tale opinione ha sempre subito le critiche degli studiosi tedeschi. Prima del Codice civile tedesco, v'era il *Reichshaftpflichtgesetz von 1871*, secondo cui i gestori di miniere, cave, scavi e fabbriche sono responsabili per il danno di terzo cagionato dall'illecito dei loro dipendenti, senza la possibilità della prova liberatoria. In questa legge, la responsabilità dei gestori è oggettiva e giustificata dal grande rischio

¹⁶⁷ Il criterio tedesco per il nesso è simile a quello italiano, ovvero, il cosiddetto nesso di occasionalità necessaria.

¹⁶⁸ Fuchs M., *Deliktsrecht*, cit., 101.

¹⁶⁹ Fuchs M., *Deliktsrecht*, cit., 101.

connesso a tali impianti.¹⁷⁰ Alla luce dell'orientamento della legge speciale, gli studiosi tedeschi proponevano che la responsabilità oggettiva potesse essere ampliata fino a tutti i casi dei rapporti di preposizione. Tuttavia, il legislatore del BGB rifiutava questo consiglio, benché accettasse la ragionevolezza della responsabilità oggettiva dei preponenti. Infatti, il legislatore d'allora concentrava l'attenzione sulle considerazioni economiche, ed il maggior timore era che gli imprenditori impegnati in settori nascenti dell'industria tedesca, nonché i piccoli agricoltori, potevano trovarsi di fronte a richieste rovinose nei casi in cui fossero stati responsabili per l'illecito dei loro dipendenti. Riguardo alle grandi società dell'industria tedesca, erano lasciate fuori della motivazione dall'art. 831 del BGB. Basandosi su tale considerazione, il legislatore prevedeva che la regola dell'art. 831 del BGB si basasse sul criterio della colpa presunta.

Fino al 1967, su iniziativa del Ministero Federale della Giustizia, era discussa in consiglio la modifica secondo la quale doveva essere cancellata la disposizione della prova liberatoria prevista dall'art. 831 del BGB, ma purtroppo non venne approvata. Però, questo consiglio esercitò una forte influenza sulla giurisprudenza tedesca.

Nel campo della responsabilità dei preponenti, infatti, la giurisprudenza, tramite vere e proprie acrobazie dialettiche, estendeva, anche fuori del campo contrattuale, l'applicazione dell'art. 278 del BGB, che prevede la garanzia per il fatto dei dipendenti nell'adempimento delle obbligazioni e nega la prova liberatoria come nell'art. 831 del BGB. In questo contesto i giudici hanno riconosciuto in via contrattuale l'obbligo del preponente—il risarcimento del danno della vittima, ancorché l'incidente subito dall'attore fosse da ricondurre ad una violazione del dovere generale del *neminem laedere* e pertanto avrebbe dovuto, in realtà, essere regolato alla stregua della disciplina dell'illecito. Collocando la fattispecie nell'area della responsabilità contrattuale, si esclude per il convenuto la possibilità di fornire la prova liberatoria secondo l'art. 831 del BGB: di conseguenza, il preponente dovrà

¹⁷⁰ Fedtke J., Magnus U., *Liability for damage caused by others under German law*, cit., 110.

rispondere sempre e comunque nei confronti dell'attore, in qualità di controparte contrattuale, per il danno arrecato dai suoi ausiliari.¹⁷¹

Dunque, attraverso l'impegno della giurisprudenza, la responsabilità dei preponenti è, in buona sostanza, quella oggettiva senza l'imputazione della colpa del responsabile. La disposizione dell'art. 831, dubbia dal punto di vista della politica del diritto, ha potuto mantenersi fino ad oggi in vigore nel BGB solo perché ha subito notevolmente l'influsso della giurisprudenza.

(II) La responsabilità dei sorveglianti

Secondo l'art. 832 del BGB, i sorveglianti sono tenuti a risarcire il danno cagionato dalle persone che per minore età o per il loro stato mentale o fisico abbisognino di vigilanza. Riguardo ai rapporti tra i responsabili e gli autori del fatto, non sono divisi in alcuni tipi specifici come nel diritto francese e nel diritto italiano, ad esempio, il rapporto tra il sorvegliante e il minore, il rapporto tra i genitori e i figli minori, il rapporto tra i tutori e i sottoposti, il rapporto tra i precettori e gli allievi, ecc. Invece, questi rapporti sono unificati nel rapporto di sorveglianza in cui i soggetti legali, ad esempio, i genitori, i tutori, ecc., devono provvedere con misure adeguate ai diversi casi per evitare il fatto dannoso provocato dai soggetti sorvegliati.

Secondo l'art. 832, 2 comma, le persone che assumono il dovere della sorveglianza sulla base del contratto, sono anche responsabili per il fatto dannoso dei minori o degli infermi di mente, per esempio, gli asili nido, le baby-sitter, le scuole, gli ospedali, ecc. Ma se il rapporto si basa sull'amicizia (*Gefälligkeitsverhältnis*), per esempio, il vicino aiuta a prendere un bambino dalla scuola insieme con i propri figli per la gentilezza, oppure cura un bambino del vicino di casa che è lasciato da solo fino a quando la madre torna a casa, ecc., la responsabilità è esclusa dall'ambito dell'art. 832. Però, essa può essere stabilita sulla base dell'art. 823 del BGB, se si

¹⁷¹ Zweigert K., Kötz H., *Introduzione al diritto comparato* (II), Istituti, ed. it. a cura di Majo A. e Gambero A., Milano, 1995, 112-113, 331.

provasse, a carico di quel vicino, l'esistenza di una colpa.¹⁷²

Basandosi sui ruoli svolti, i sorveglianti sono responsabili in quanto sono considerati come i soggetti che possono controllare fisicamente le persone poste sotto il loro controllo. Quindi, il fondamento di questa responsabilità è la colpa in vigilanza. Però, la colpa dei responsabili è presunta dalla legge in considerazione della tutela delle vittime. Secondo l'art. 832, il responsabile può esimersi dalla responsabilità attraverso la prova dell'assenza della colpa, cioè dimostrando di aver adempiuto il dovere di sorveglianza in modo diligente, o che il danno sarebbe sorto anche se la sorveglianza fosse stata esercitata in modo adeguato.

Tale interpretazione nella dottrina tedesca, come per la già discussa dottrina tradizionale nel diritto italiano, è una palese falsificazione atta a mantenere il sistema in cui la colpa è il fondamento unico della responsabilità extracontrattuale. Infatti, nella dottrina tedesca, gli studiosi, rivolgendosi al *Verkehrssicherungspflichten* che fissa l'attenzione sul rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto, abbandonano man mano il dogma della colpa nel campo della responsabilità dei genitori, ecc.

Per quanto riguarda la prova liberatoria, la Corte suprema propone che il limite del dovere debba essere definito nei casi concreti, nei quali si deve aver impartito al soggetto sorvegliato l'educazione e l'istruzione normali e consone alle proprie condizioni familiari e sociali, sia di aver esercitato un'attività di vigilanza adeguata, commisurata all'età, al carattere, alle abitudini ed all'ambiente, onde prevenire un suo comportamento illecito, ecc.¹⁷³

¹⁷² Fuchs M., *Deliktsrecht*, cit., 102.

¹⁷³ Fuchs M., *Deliktsrecht*, cit., 102.

CAPITOLO IV Le responsabilità per fatto altrui nel Codice civile italiano del 1942

1. Gli articoli

Art. 2047, 1 comma (danno cagionato dall'incapace):

In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.

Art. 2048 (responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte):

Il padre e la madre, o il tutore sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante.

I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto.

Art. 2049 (responsabilità dei padroni e dei committenti):

I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.

2. Il confronto con l'art. 1153 del Codice civile italiano del 1865

Gli articoli relativi del Codice civile italiano del 1942 costituiscono una

riproduzione quasi fedele dell'art. 1153 del Codice civile italiano del 1865. Però, il nuovo codice civile ha introdotto, rispetto alla precedente normativa, due aspetti innovativi:

A. dal punto di vista del sistema, la clausola generale della responsabilità per fatto altrui, ossia l'art. 1153, 1 comma del codice del 1865, è cancellata dai legislatori nel nuovo codice civile. Dunque, le norme della responsabilità per fatto altrui nell'art. 1153 c.c. del 1865 sono divise in due articoli indipendenti, cioè la responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte nell'art. 2048 e la responsabilità dei padroni e dei committenti nell'art. 2049. Inoltre, l'art. 2047, dedicato alla responsabilità del danno cagionato dall'incapace, è nuovo rispetto al codice civile del 1865, nel quale non trova corrispondenza.

B. riguardo alle regole concrete, sono introdotte alcune innovazioni nell'art. 2048, cioè la regola della responsabilità solidale del padre e della madre. L'innovazione certamente più importante è quella relativa alla coobbligazione dei genitori, non solo per ragioni di giustizia nell'applicazione della norma, ma anche per ragioni teoriche;¹⁷⁴ ad essa si aggiungono la regola della loro irresponsabilità se i figli minori sono emancipati e la estensione della responsabilità dei genitori (legittimi, naturali e adottivi) all'affiliante.

3. Le discussioni generali

A. Le dottrine relative alla responsabilità per fatto altrui

Sotto l'impero del Codice civile italiano del 1865, come si è visto nella precedente parte, la dottrina dominante d'allora insisteva sul fatto che tutte le responsabilità si sarebbero dovute basare sulla colpa dei responsabili. Dunque, la responsabilità per fatto altrui dovrebbe essere considerata come la responsabilità per fatto proprio sulla base della colpa *in vigilando*, *in educando* o *in eligendo*; inoltre, nell'art. 1153, oltre

¹⁷⁴ Marco Comporti, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 204.

alle fattispecie tipiche, era prevista innanzitutto la clausola generale della responsabilità per fatto altrui. Ma, a causa dell'atteggiamento prudente nell'applicazione della regola della responsabilità per colpa presunta, la cosiddetta clausola generale dell'art. 1153, 1 comma ha soltanto una valenza indicativa, nel senso che descrive le fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui previste nei commi seguenti. Di conseguenza, i giudici non possono estendere l'ambito della responsabilità per fatto altrui a nuove situazioni fuori delle fattispecie elencate dalla legge. Ed i responsabili per fatto altrui sono limitati ai padri e alle madri, ai tutori, ai precettori, agli artigiani, ai padroni ed ai committenti.

Tuttavia, nel contesto del nuovo codice civile, è cambiata la situazione della ricerca, almeno riguardo ai due aspetti suddetti. Innanzitutto, dal punto di vista della dottrina, seguendo l'orientamento del movimento della responsabilità oggettiva, le interpretazioni del fondamento della responsabilità per fatto altrui non si sono limitate all'ambito del principio della colpa, ma sono divenute più libere in base ai criteri oggettivi che concentrano l'attenzione sulla tutela delle vittime. Inoltre, dal punto di vista della struttura, la clausola generale della responsabilità per fatto altrui, come l'art. 1153, 1 comma, è cancellata dal legislatore nel nuovo codice. Per di più, le norme relative alle fattispecie della responsabilità per fatto altrui, a differenza dell'articolo unitario nel precedente codice, sono previste separatamente in tre articoli diversi. Di fronte alle nuove situazioni, gli studiosi hanno interpretato gli articoli relativi alla responsabilità per fatto altrui nel sistema del nuovo codice civile secondo tre diverse opinioni:

a) L'opinione secondo cui le fattispecie della responsabilità per fatto altrui si basano sui rapporti speciali tra i responsabili e gli autori del fatto.

Nelle trattazioni di alcuni studiosi italiani, è stato delineato in modo sistematico il fondamento della responsabilità per fatto altrui. Cioè, nel sistema della responsabilità extracontrattuale, le fattispecie della responsabilità per fatto altrui, come le eccezioni del principio generale della colpa, si basano sui rapporti che intercorrono tra i soggetti

responsabili per altri e gli autori del fatto dannoso, rapporti che giustificerebbero l'estensione della responsabilità stessa.¹⁷⁵

Secondo questa opinione, esistono dei gravi difetti nelle interpretazioni più tradizionali del codice civile. Prima di tutto, la teoria della colpa presunta secondo cui la responsabilità per fatto altrui si doveva giustificare in base al fondamento della presunzione di colpa per difetto di sorveglianza, di educazione (riguardo ai genitori, precettori, ecc.) e di scelta e direzione (riguardo ai padroni e committenti), e che condurrebbe la responsabilità per fatto altrui alla responsabilità per fatto proprio, è di fatto una palese falsificazione dei dati reali senza la considerazione della specialità di questo tipo di responsabilità.

Inoltre, è anche criticata la dottrina più corrente, che ritiene di ricondurre la responsabilità indiretta, dei padroni e committenti, all'ambito di quella oggettiva, richiamando all'uopo i principi di volta in volta invocati in tema di danno da cose, animali, ecc., e principalmente quello del rischio. Un indirizzo quest'ultimo che, a non tener conto delle obiezioni di fondo verso le teorie prospettate nella loro generalità, propone una spiegazione certamente parziale ed inadeguata della figura controversa in oggetto: posto che di responsabilità per il rischio creato o per il rischio profitto si può discutere solo nei confronti dei padroni e committenti, se non addirittura degli imprenditori, per il fatto dei dipendenti.

Un discorso realistico e coerente in materia deve volgersi invece alla determinazione del fondamento unitario delle fattispecie in cui un soggetto può essere chiamato a rispondere per altri. Dunque, alla categoria della responsabilità per fatto altrui deve essere ricondotto il criterio di imputazione riferentesi al rapporto che intercorre tra il responsabile ed il soggetto che ha causato il danno. Per di più, gli studiosi indicano ulteriormente che non tanto si risponde per un fatto altrui, o addirittura per quello proprio in concorso con il fatto di altri, bensì per la posizione

¹⁷⁵ Cfr. Salvi C., *La responsabilità civile* (seconda edizione), *Trattato di diritto privato* (a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti), Milano, 2005, 181-184; Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 697; ecc.

caratteristica in cui un soggetto si viene a trovare nei confronti di un altro che arreca il danno; a questa posizione il diritto attribuisce una siffatta rilevanza tenendo conto dei poteri-doveri di sorveglianza ed educazione e di scelta e direzione che tale relazione comporta a carica del terzo responsabile.

Nell'elemento strutturale, consistente nel fatto che il criterio di imputazione risiede nel rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del danno, si esaurisce il carattere unitario delle diverse ipotesi richiamate, che per altri profili si differenziano sensibilmente. In primo luogo, infatti, mentre il sorvegliante dell'incapace dell'art. 2047, i genitori e il tutore dell'art. 2048, 1 comma, il precettore e il maestro d'arte dell'art. 2048, 2 comma possono liberarsi dalla responsabilità provando di non aver potuto impedire il fatto, altrettanto non è consentito dall'art. 2049 al padrone e al committente. Per queste fattispecie, secondo la dottrina tradizionale e la giurisprudenza, la prova liberatoria deve considerarsi concernente l'assenza di colpa nell'esercizio dei compiti connessi alla posizione di genitore, ecc.; la responsabilità discenderebbe pertanto dal fatto proprio colpevole. Però, secondo la teoria del rapporto, la prova liberatoria dovrebbe essere intesa come limite posto all'estensione di un obbligo legale di garanzia imposto a certi soggetti in funzione del loro rapporto.

Per quanto riguarda l'ambito della responsabilità per fatto altrui, gli studiosi che sostengono la teoria del rapporto non arrivano ad un'opinione unitaria. Secondo il Salvi, la responsabilità per fatto altrui include la responsabilità dei sorveglianti dall'art. 2047, la responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte dall'art. 2048, e la responsabilità dei committenti e dei padroni dall'art. 2049, tuttavia esclude la responsabilità del proprietario dell'autoveicolo dall'art. 2054, poiché in questo caso il criterio di imputazione si fonda sul rapporto non tra il soggetto e l'autore dell'illecito, ma tra il soggetto e il bene.¹⁷⁶ Secondo l'opinione dello Scognamiglio, invece, si deve ritenere che a tale stregua possano ricondursi soltanto la responsabilità dei genitori, precettori, ecc. di cui all'art. 2048, e la responsabilità dei

¹⁷⁶ Salvi C., *La responsabilità civile*, cit., 184.

padroni e committenti di cui all'art. 2049, mentre la fattispecie della responsabilità prevista nell'art. 2047 è esclusa dall'ambito della responsabilità per fatto altrui, in quanto tale fattispecie gravita piuttosto sulla considerazione dello stato d'incapacità del danneggiante e sul correlativo dovere del sorvegliante di evitare che da tale sua condizione derivi l'altrui pregiudizio.¹⁷⁷

b) L'opinione secondo cui la responsabilità per fatto altrui nel sistema del codice civile si pone come un elenco di fattispecie specifiche in base a criteri diversi, anziché come discussione di un'idea che implica la categoria di fattispecie in base a un fondamento unitario.

Secondo alcuni studiosi, riguardo alla responsabilità per fatto altrui nel sistema del nuovo codice civile, essa si pone più come un elenco di fattispecie specifiche di responsabilità che si basano sui criteri diversi, anziché come la discussione di un'idea che implica la categoria di fattispecie in base ad un fondamento unitario.

Quest'opinione, infatti, nasce dai criteri multipli per il fondamento della responsabilità per fatto altrui. Nel vecchio sistema imperniato sulla colpa dell'autore dell'illecito, la responsabilità per fatto altrui stava ad indicare fattispecie particolari, in cui la fonte della responsabilità era la colpa altrui, ma anche, al tempo stesso e necessariamente, la colpa propria. E ciò andava bene per le fattispecie di responsabilità del genitore per i fatti illeciti del figlio minore con lui coabitante, nonché per quelli del precettore e del maestro d'arte per l'illecito degli allievi e degli apprendisti; meno bene, invece, andava per la responsabilità dei preponenti con riferimento agli illeciti dei dipendenti, che nella società moderna bisogna affermare indipendentemente dalla colpa di costoro, sulla base di criteri oggettivi.

Inoltre, per quanto riguarda le fattispecie diverse della responsabilità per fatto altrui, il Corsaro indica che nessuno ebbe il coraggio di accettare l'idea di una generale responsabilità in connessione ad una propria posizione di autorità sopra altri, e che

¹⁷⁷ Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 697.

pertanto andasse al di là dei casi previsti dalla legge. Infatti era troppo pericoloso affermare che altri vincoli, oltre quelli nascenti dalla potestà dei genitori e dei precettori, continuatori della potestà dei genitori, potessero avere questo effetto. Poiché probabilmente si sarebbe finito con l'affermare che laddove c'era un riconosciuto interesse ad un'altrui attività di sorveglianza, ci sarebbe stata responsabilità della persona in qualche modo tenuta alla sorveglianza; e così, con riferimento alla responsabilità del committente, si sarebbe potuto affermare la responsabilità di questo al di là dei casi di rapporto di lavoro subordinato.¹⁷⁸

Per di più, il Corsaro indica anche che la problematica della responsabilità per fatto altrui sembra aver perduto oggi l'importanza che aveva avuto nel passato.¹⁷⁹ Lo studioso sottolineava che la ragione del disinteresse sulla categoria in questione da parte della più recente produzione scientifica andava individuata nel capovolgimento del sistema della responsabilità civile, tutto a favore della vittima dell'illecito, che pone in disparte la colpa nel tentativo di risarcire ad ogni costo il danneggiato, il che renderebbe superflua l'indagine se il responsabile rispondesse per il fatto di altri o per il fatto proprio. Qui, infatti, i moderni attacchi al principio della colpa esaltano la posizione del responsabile in contrapposizione a quella dell'autore dell'illecito, ma nel contempo pongono in disparte il problema della ragione del rispondere del fatto altrui. In questo contesto, non i problemi generali della responsabilità per fatto altrui, bensì le fattispecie speciali di responsabilità dominano la trattazione.

In tale contesto, con l'espressione 'la responsabilità per fatto altrui' si intende che chi è condannato al risarcimento non è l'autore materiale dell'evento di danno per il terzo, bensì è un soggetto diverso.¹⁸⁰ Riguardo a tale responsabilità, gli studiosi dividono le fattispecie tipiche in modo più preciso nel sistema della responsabilità

¹⁷⁸ Corsaro L., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 386.

¹⁷⁹ Corsaro L., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 384.

¹⁸⁰ Cfr. Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 115; Messineo F., *Manuale di diritto civile e commerciale* (V), Milano, 1972, 569; Galgano F., *Trattato di diritto civile* (II), Milano, 2009, 979; Bianca M., *La responsabilità*, cit., 690 s; Visintini G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Terza edizione, Milano, 2005, 635 ss; Franzoni M., *L'illecito*, Milano, 2004, 596 s.

extracontrattuale secondo criteri imputabili diversi. La responsabilità del sorvegliante per il fatto dell'incapace e la responsabilità dei genitori, ecc., sono le responsabilità per fatto altrui a titolo di colpa personale, e precisamente di colpa presunta. Si tratta infatti di una responsabilità che attiene ai danni provocati da persona diversa dal responsabile. Quest'ultimo risponde tuttavia per una propria colpa, ossia per non avere diligentemente sorvegliato o educato l'autore del fatto. Causa mediata dei danni è quindi un fatto del sorvegliante o dei genitori, ecc., che però si rileva solo in quanto abbia dato luogo al fatto obiettivamente illecito dell'incapace o all'illecito dei minori. Invece, la responsabilità dei preponenti è quella oggettiva per fatto altrui. In questa fattispecie, sebbene una responsabilità di danno sia provocata dai preposti, i preponenti devono rispondere per una ragione oggettiva, in particolare sulla base delle varie teorie del rischio.¹⁸¹

c) L'opinione della negazione dell'espressione 'responsabilità per fatto altrui'

Nella dottrina italiana esiste anche l'opinione di alcuni studiosi che negano l'esistenza dell'espressione 'responsabilità per fatto altrui'. Secondo la critica del Rodotà, la nozione stessa di responsabilità non può concepire di essere 'indiretta' o 'per fatto altrui': essa è sempre diretta o propria in quanto consiste nella individuazione di un soggetto cui accollare il costo del danno. Non si tratta dunque di determinare diversi generi di responsabilità, per esempio, la divisione tra la responsabilità diretta per fatto proprio e la responsabilità indiretta per fatto altrui, bensì di individuare diversi criteri di imputazione, cioè la responsabilità si basa sulla colpa del responsabile, o sul rischio dell'attività, ecc. A questa posizione ha aderito anche Alpa. Infatti, secondo questo studioso, nell'ordinamento italiano non esiste responsabilità indiretta per fatto altrui, altresì difficilmente giustificabili dal punto di vista concettuale.¹⁸²

¹⁸¹ Bianca M., *La responsabilità*, cit., 690 ss; Corsaro L., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 384.

¹⁸² Alpa G., *La responsabilità civile, Volume del Trattato di diritto privato (IV)*, Milano, 1999, 154 s, 665 s; Rodotà S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 81, 156 ss.

B. Riepilogo

a) La struttura del vigente sistema della responsabilità extracontrattuale: il principio generale della colpa e una serie di fattispecie speciali.

Nel contesto del vecchio codice civile, come si è visto, i giuristi tradizionali ritenevano che nel sistema della responsabilità extracontrattuale il concetto della colpa fosse intessuto da capo a fondo, e conservato sempre in guisa da rimanere il fondamento unico della responsabilità civile. Però, seguendo lo sviluppo sociale, le nuove e sempre più frequenti occasioni di danneggiamento connesse con le caratteristiche proprie della società industriale, l'entità dei danni spesso ingenti e sproporzionati rispetto alle possibilità economiche dell'autore del fatto illecito, il diffondersi dei cosiddetti danni anonimi, sono tutti fenomeni che hanno portato a mettere in crisi tale principio tradizionale favorendo un progressivo spostarsi dell'attenzione degli interpreti dalla posizione del danneggiante a quella del danneggiato.

Quindi, il vigente sistema della responsabilità extracontrattuale, abbandonando il dogma secondo cui la colpa è il fondamento unico della responsabilità, ritorna alla tradizione romanistica. Cioè, cercando l'equilibrio fra la regola: "la colpa, che provoca un danno, è da punire" e la regola: "i danni sono da risarcire", il sistema poggia su una regola generale e su una serie di previsioni normative speciali di responsabilità.¹⁸³

In tale sistema, la regola generale, prevista dall'art. 2043, è fondata sul principio della colpa, assunta nel suo ruolo di criterio unico di imputazione della responsabilità per tutti i danni ingiusti derivanti da fatti che non trovano la loro disciplina in una previsione normativa speciale. Alla luce della regola generale, la responsabilità per colpa è caratterizzata da funzioni multiple: vi confluiscono, insieme alla fondamentale componente compensativa, una componente sanzionatoria (riferita al comportamento

¹⁸³ Busnelli F., voce *Illecito civile*, in *Enciclopedia Giuridica* (aggiornamento I), Roma, 1991, 6.

colpevole del danneggiante) e una componente preventiva (che riguarda l'intera società, indirettamente stimolata a comportarsi secondo diligenza.).

A fianco della regola generale, sono previste norme speciali di responsabilità in cui il criterio di imputazione del danno non è mai direttamente la colpa. Le norme speciali valgono ad individuare, nell'ambito del sistema della responsabilità civile, una serie di settori, nei quali si delineano fattispecie normative speciali di responsabilità e ciascun settore ha una sua disciplina concernente la specificazione del criterio di imputazione del danno, la delimitazione dell'ambito di operatività, le cause di esonero dalla responsabilità. I vari settori speciali di responsabilità civile si ispirano a una finalità essenzialmente compensativa, ove per compensazione si intende la riparazione del danno patrimoniale attraverso il pagamento dell'equivalente monetario.

b) Nel vigente sistema della responsabilità extracontrattuale del codice civile del 1942, le responsabilità per fatto altrui, come le eccezioni del principio generale della colpa dell'art. 2043, si basano sui rapporti intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto.

Dunque, come individuare la responsabilità per fatto altrui nel vigente sistema del codice civile del 1942? Nella presente tesi, preferisco accettare la prima opinione che è ricordata più sopra, cioè, quella secondo cui la responsabilità per fatto altrui, la quale si basa sul rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto, allo scopo di tutelare le vittime, svolge il ruolo di eccezione del principio della colpa nel sistema della responsabilità extracontrattuale.

(I) I difetti delle teorie della colpa e del rischio

Nel vigente sistema, a mio avviso, non si può ancora ricondurre la responsabilità per fatto altrui all'ambito del principio della colpa. La dottrina tradizionale, insistendo ostinatamente sulla vecchia massima "nessuna responsabilità senza colpa", ricondurrebbe la responsabilità per fatto altrui alla responsabilità per fatto proprio,

inutilmente camuffata sotto la veste di una presunzione di *culpa in vigilando* e *in eligendo*. Giova osservare subito che tali interpretazioni della dottrina tradizionale sono le ingenuie finzioni dei dati reali che hanno consentito di presentare artificiosamente, come fondate sulla colpa, ipotesi di responsabilità aventi invece un fondamento che chiaramente prescinde da ogni riferimento soggettivo alla diligenza del responsabile. La responsabilità per fatto altrui, in buona sostanza, fissa l'attenzione sul rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto. E lo scopo della norma del nuovo codice è quello di garantire il risarcimento a chi è stato danneggiato dal fatto illecito. Quindi, nel vigente sistema, si deve abbandonare tale palese falsificazione nei confronti dell'interpretazione della responsabilità per fatto altrui.

Inoltre, anche le varie teorie del rischio, che sembrano essere correnti per l'interpretazione della responsabilità dei preponenti, non possono essere accettate nel campo della responsabilità per fatto altrui. Secondo tale criterio, che è riposto sul principio secondo la vecchia massima "*cuius commoda eius et incomoda*", si risponde dei danni verificatisi nell'ambito di una sfera economica della cui gestione o del cui godimento essi sono titolari. Ma ben presto si è dovuto constatare che queste teorie del rischio non riuscivano ad esprimere un vero e proprio criterio di imputazione della responsabilità per fatto altrui, limitandosi a coniare mere formule descrittive, prive di qualsiasi rilievo sistematico. Non meno generiche, e ancora più lontane dal sistema normativo, sono le formule che fanno più direttamente riferimento al profilo della distribuzione del rischio, ricollegando il criterio di imputazione della responsabilità alla capacità economica del responsabile o alla sua condizione di assicurato. Dunque, liberare le ipotesi normative previste nel codice civile all'art. 2049 dall'inutile involucro del cosiddetto principio generale del rischio significa indubbiamente compiere un importante passo avanti verso la ricostruzione di un sistema che tenga conto direttamente del dato normativo senza lasciarsi influenzare da condizionamenti

di ordine sterilmente dogmatico.¹⁸⁴

Del resto, riguardo all'opinione della negazione dell'espressione 'la responsabilità per fatto altrui', mi sembra sia troppo estrema. Poiché, in realtà, esistono fattispecie in cui il responsabile risponde del fatto dell'altro, che a causa delle diverse interpretazioni sono considerate come responsabilità per fatto proprio. Dunque, nell'interpretazione dottrinale non si può negare l'esistenza di un fenomeno che nella realtà sociale esiste senza dubbio.

(II) Si deve ribadire il criterio romanistico: il rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto è il fondamento della responsabilità per fatto altrui.

Per individuare la responsabilità per fatto altrui nel vigente sistema, un discorso realistico e coerente in materia deve volgersi alla determinazione del fondamento unitario delle fattispecie in cui un soggetto può essere chiamato a rispondere per altri. Orbene, tale criterio, secondo le indicazioni offerte dall'esperienza sociale e recepite nelle statuizioni normative, deve essere riferito al rapporto intercorrente tra un soggetto e l'altro come è stato proposto nel diritto romano. In questa individuazione, i responsabili previsti dal codice, cioè i genitori, i tutori, gli insegnanti, i preponenti, ecc., non tanto rispondono per un fatto altrui, o addirittura per quello proprio in concorso con il fatto di altri, bensì per la posizione caratteristica in cui un soggetto si viene a trovare nei confronti di un altro che arreca il danno; ad essa il diritto attribuisce tale rilevanza tenendo conto dei poteri-doveri di sorveglianza ed educazione e di scelta e direzione che tale relazione comporta a carica del terzo responsabile. Così si può spiegare che la nozione unitaria profilata possa articolarsi in distinte figure, secondo la natura del rapporto in ipotesi intercorrente tra i soggetti; e che ne possa derivare altresì una differenza di disciplina, con particolare riguardo alla ammissibilità di eccezioni liberatorie.

In base al criterio del rapporto intercorrente tra i soggetti, il codice civile, fissando

¹⁸⁴ Busnelli F., voce *Illecito civile*, cit., 4 ss.

l'attenzione sulla tutela delle vittime, prevede la responsabilità oggettiva per fatto altrui. Quindi, le prove liberatorie previste negli articoli 2047, 1 comma, 2048, non possono essere considerate come il disegno concernente l'assenza di colpa nell'esercizio dei compiti connessi alla posizione di genitore, ecc., ma sostanzialmente dovrebbe essere intesa come limite posto all'estensione di un obbligo legale di garanzia imposto a certi soggetti in funzione del loro rapporto. Perciò, nel campo della responsabilità per fatto altrui, il criterio di imputazione risiede nel rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del danno, esaurendo così il carattere unitario delle diverse ipotesi richiamate, che per altri profili si differenziamo sensibilmente. In primo luogo, mentre il sorvegliante dell'incapace dell'art. 2047, i genitori e il tutore dell'art. 2048, 1 comma, il precettore e il maestro d'arte dell'art. 2048, 2 comma possono liberarsi dalla responsabilità provando di non avere potuto impedire il fatto, altrettanto non è consentito dall'art. 2049 al padrone e al committente.

(III) In base al criterio del rapporto, le fattispecie previste nell'art. 2047, 1 comma, art. 2048 e art. 2049 sono coinvolte nell'ambito della responsabilità per fatto altrui.

Riguardo alle fattispecie coinvolte alla responsabilità per fatto altrui, talune sono unanimemente individuate come tali (gli articoli 2048 e 2049), altre invece dubbie (l'art. 2047, 1 comma; l'art. 2054, 3 e 4 commi). Secondo l'analisi precedente, preferisco accettare la teoria del rapporto speciale, secondo la quale la responsabilità per fatto altrui si configura per le fattispecie in cui il responsabile risponde del fatto altrui in base al rapporto speciale con l'autore del fatto. Perciò, a questa categoria di norme sono riconducibili: l'art. 2047, 1 comma, e l'art. 2048, che prevedono la responsabilità dei sorveglianti, dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte per i danni cagionati dal fatto di incapaci, allievi e apprendisti a loro rispettivamente (*lato sensu*) affidati; l'art. 2049, che prevede la responsabilità dei preponenti per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro preposti. Queste responsabilità sono contenute in norme speciali che postulano un rapporto (familiare, assistenziale,

di lavoro) tra il danneggiante e un altro soggetto e, in considerazione di tale rapporto, imputano al secondo la responsabilità dei danni provocati dal fatto illecito (o, talvolta, semplicemente dannoso, per esempio, l'art. 2047, 1 comma) del primo. Invece, a differenza delle fattispecie previste dagli articoli ricordati, la responsabilità del proprietario nell'art. 2054, 3 comma non è responsabilità per fatto altrui, perché nel rapporto tra il responsabile e l'autore del fatto interviene il rapporto di proprietà dell'autoveicolo.

(IV) La distinzione tra la responsabilità per fatto altrui e il concorso di persone nel fatto illecito

Alla luce della teoria del rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto, la responsabilità per fatto altrui può essere distinta dal concorso di persone nel fatto illecito, come nel diritto romano. Cioè, nelle fattispecie della responsabilità per fatto altrui, la legge, tralasciando l'imputazione della colpa dei responsabili, condanna i genitori, gli insegnanti, i preponenti, ecc., ad assumere la responsabilità oggettiva in base ai rapporti (di potestà, di preposizione, ecc.) con gli autori del fatto; per di più, l'autore materiale non è tenuto al risarcimento del danno alla vittima. Mentre queste caratteristiche della responsabilità per fatto altrui non esistono nel concorso di persone nel reato. Quindi, nel codice civile del 1942, le fattispecie della responsabilità per fatto altrui sono previste negli articoli 2047, 1 comma, 2048, e 2049; invece, l'art. 2055 è dedicato alla fattispecie del concorso di persone.

4. Le fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui

A. La responsabilità dei sorveglianti¹⁸⁵

Rispetto al Codice civile italiano del 1865,¹⁸⁶ il Codice civile italiano del 1942 ha introdotto la nuova norma sulla responsabilità speciale a carico del sorvegliante dell'incapace, di cui all'art. 2047. La novità della norma dell'art. 2047, 1 comma, è da ravvisarsi nel fatto che dei fatti dannosi commessi dalla persona incapace di intendere o di volere risponde automaticamente chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.

a) I responsabili e gli autori del fatto

Nella responsabilità dei sorveglianti, gli autori del fatto sono i soggetti incapaci di intendere o di volere, includendo i minori incapaci e gli incapaci psichici. In questa responsabilità, il presupposto è che il danno sia stato arrecato dall'incapace mediante un fatto obiettivamente dannoso. Però, gli autori del fatto non rispondono del danno in ragione esclusiva dell'incapacità di intendere o di volere.¹⁸⁷

La responsabilità di danno cade sui soggetti che sono tenuti al dovere di sorveglianza degli incapaci. Riguardo ai minori incapaci, tale dovere spetta per legge anzitutto ai genitori o tutori, i quali devono provvedere alla sua sorveglianza, ossia

¹⁸⁵ Cfr. Busnelli F., voce *Illecito civile*, in *Enciclopedia Giuridica* (aggiornamento I), Roma, 1991, 20; Bianca M., *La responsabilità*, cit., 701-704; Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 161-200; Franzoni M., *L'illecito*, Milano, 2004, 601-619; Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1239-1240; Venchiarutti A., *L'imputabilità del fatto dannoso e la responsabilità del sorvegliante per il fatto dell'incapace*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (la responsabilità civile I), Torino, 1997, 99-120; Monateri G., *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 920-976; Galgano F., *Trattato di diritto civile*, II, Milano, 2009, 985-987; De Cupis, *Dei fatti illeciti*, Bologna, 1971, 50-51; Visintini G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Terza edizione, Milano, 2005, 738-744.

¹⁸⁶ Secondo il codice civile del 1865, è già conosciuta la responsabilità del direttore dell'istituto di ricovero dell'infermo di mente per i danni arrecati da quest'ultimo nella giurisprudenza. Però, il suo fondamento giuridico, come già detto in precedenza, non è l'art. 1153 che sancisce la responsabilità speciale, ma è gli articoli 1151 e 1152 che prevedono la responsabilità normale per la colpa propria.

¹⁸⁷ Il fondamento giuridico è l'art. 2046 (Imputabilità del fatto dannoso): non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa. Però, secondo l'art. 2047, 2 comma, nel caso in cui il danneggiato che non ottiene dal sorvegliante il risarcimento del danno, o per l'insolvenza o per la mancanza di colpa di quest'ultimo, l'incapace è tenuto a un equo indennizzo alla richiesta del danneggiato.

adottare le cautele normalmente adeguate ad evitare che le persone arrechino danni agli altri. Le cautele suddette sono da rapportarsi alle circostanze di tempo, di luogo, di ambiente, di pericolo che, considerando altresì la natura e il grado di incapacità del soggetto sorvegliato, possono consentire o facilitare il compimento di atti lesivi da parte del medesimo. Però, ciò non significa che gli incapaci vadano sempre e costantemente sorvegliati a vista, con presenza prossima e costante del custode, ma che, in certe circostanze di tempo e di luogo, anche questa attività può costituire oggetto del dovere.¹⁸⁸

I genitori e i tutori possono peraltro assegnare il dovere di sorveglianza dei minori incapaci a persone od istituzioni competenti per fini di vigilanza, educazione, cura od istruzione, per esempio, le scuole, le baby-sitter e gli altri soggetti tenuti in forza di un vincolo contrattuale con i genitori, ecc. In tal caso, il dovere dei genitori e tutori rimane sospeso per il tempo in cui le persone od istituzioni incaricate se ne assumono il compito.

Riguardo agli infermi di mente, il dovere di sorveglianza grava, per legge o per contratto, sulle strutture sanitarie pubbliche e private in cui essi sono ospitate. Il dovere di sorveglianza di queste strutture, infatti, va effettuato in concreto sia con il controllo adeguato delle vie di uscita dell'edificio, sia con la prescrizione e somministrazione di cure farmacologiche idonee a vincere crisi acute del malato, sia con l'impedire che il malato stesso venga in contatto di oggetti pericolosi per sé o per altri, ecc.

In tal modo, il dovere di sorveglianza dell'incapace infermo di mente è stato ricostruito in funzione dei doveri di cura, assistenza e prevenzione che gravano sugli operatori e sulle strutture psichiatriche. Questo riconoscimento è in accordo con i principi ispirati dalla legge n. 180-1978, che ha abrogato quasi tutte le norme che prevedevano particolari obblighi di custodia e di sorveglianza sull'infermo di mente

¹⁸⁸ Franzoni M., *L'illecito*, cit., 604-605.

ricoverato in manicomio. Di conseguenza, i soggetti tenuti al dovere di sorveglianza non sono più obbligati ad effettuare un controllo assoluto e continuativo dei malati mentali, ma sono tenuti ad effettuare la valutazione dell'intensità e dei modi con cui realizzare tale sorveglianza, in maniera da garantire un giusto equilibrio tra libertà di movimento e di esplicazione della personalità dei soggetti sottoposti a controllo e la necessaria tutela dei terzi.¹⁸⁹

Gli infermi di mente che non sono ricoverati nelle strutture sanitarie sono generalmente accolti dai loro familiari o dalle istituzioni di assistenza. Tradizionalmente, infatti, la dottrina e la giurisprudenza riferivano tale responsabilità soltanto ai soggetti cui tale dovere incombe, in ragione della loro qualità, dell'ufficio o dell'attività professionale. Adesso, invece la dottrina e la giurisprudenza, estendono l'art. 2047 a chiunque, a qualunque titolo, conviva con l'incapace maggiorenne, assumendo di fatto il dovere di sorveglianza. Così è stato affermato che il dovere di sorveglianza di un'incapace può essere l'effetto non soltanto di un vincolo giuridico, ma anche di una libera scelta compiuta da un soggetto che, accogliendo l'incapace nella sua sfera familiare, ne assuma spontaneamente la vigilanza. Tale interpretazione sembra giustificarsi in base all'assunzione di fatto del dovere di cura e vigilanza attraverso l'accoglienza dell'infermo di mente nel proprio nucleo familiare. Però, paragonato al dovere delle strutture, la dovuta sorveglianza dei familiari, istitutori, ecc., nei confronti di incapaci di intendere o di volere non ricoverati in strutture sanitarie dovrà essere meno intensa, ma comunque ragionevolmente adeguata alle situazioni soggettive ed oggettive del caso.

b) La responsabilità dei sorveglianti si basa sul rapporto di sorveglianza tra il responsabile e l'autore del fatto.

Secondo la dottrina tradizionale, le previsioni normative dell'art. 2047, 1 comma dovrebbero delineare altrettante fattispecie di responsabilità per fatto (non altrui, ma)

¹⁸⁹ Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 195 ss.

proprio, e parrebbero richiamarsi alla colpa come criterio di imputazione del danno. In tal senso è orientata la giurisprudenza costante, la quale suole desumere dall'inciso finale del primo comma dell'art. 2047, una presunzione di *culpa in vigilando*: presunzione che costituirebbe il fondamento della responsabilità prevista dalle norme citate e che potrebbe essere vinta provando di non aver potuto impedire il fatto.¹⁹⁰

Però, tale opinione contorce l'indole della responsabilità dei sorveglianti tramite la finzione giuridica. Infatti, per spiegare che i sorveglianti sono tenuti a rispondere del danno arrecato dagli incapaci, si giustifica che i responsabili sono in grado, in funzione della loro qualifica che li pone in rapporto con gli incapaci, di esercitare sugli autori del fatto un controllo idoneo ad impedirne l'attività dannosa, e di rendere più sicuro il risarcimento ai danneggiati del danno derivante dal fatto degli autori. Per quanto riguarda la prova liberatoria, sembra doversi, piuttosto, intendere alla stregua di un limite posto all'estensione della responsabilità dei sorveglianti. Dunque, la responsabilità in esame, basandosi sul rapporto di sorveglianza fra il responsabile e l'autore del fatto, deve essere collocata tra le fattispecie di responsabilità oggettiva.¹⁹¹

Per quanto riguarda il contenuto della prova liberatoria, “non aver potuto impedire il fatto” è una nozione relativa ai casi concreti. Il sorvegliante potrà esimersi dalla responsabilità dimostrando di avere adottato tutte le misure normali di vigilanza che possono essere ritenute idonee e ragionevoli nel caso concreto, in relazione alle circostanze soggettive ed oggettive di esso, per esempio, in relazione all'età, al grado di maturità ed alle caratteristiche fisio-psichiche del soggetto sottoposto a vigilanza, ecc.

¹⁹⁰ Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 195 ss.

¹⁹¹ Cfr. Busnelli F., voce *Illecito civile*, cit., 20; Rodotà S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 160; Monateri G., *La responsabilità civile*, cit., 931-932; Franzoni M., *L'illecito*, cit., 614; Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1239; ecc.

B. La responsabilità dei genitori e dei tutori¹⁹²

L'art. 2048, ricalcando le norme dell'art. 1153, 2, 3, 5 e 6 commi del Codice civile italiano del 1865, prevede la responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte, salvo due modifiche nell'espressione testuale, cioè, l'attuale norma, a differenza dell'art. 1153 del codice del 1865, rende responsabili entrambi i genitori legittimi, in ragione del loro ruolo e dei loro doveri verso i figli; la stessa disposizione si applica all'affiliante.¹⁹³

Riguardo all'art. 2047 e l'art. 2048, tutti concernono il fatto dei minori. Però, c'è una differenza fra di essi. Infatti, l'art. 2047 attribuisce al sorvegliante dell'incapace (e quindi in primo luogo ai genitori) l'obbligo di risarcimento dei danni causati dall'incapace, maggiorenne o minorenni, salva l'attribuzione a carico dell'incapace di una equa indennità. L'art. 2048, invece, prevede che dei fatti illeciti commessi dal minorenni capace di intendere e di volere rispondano, salvo la prova liberatoria, i genitori, i tutori, i precettori od i maestri d'arte. Quindi, tra l'art. 2047 e l'art. 2048, c'è un rapporto di alternatività: lo stesso soggetto non può rispondere quale sorvegliante e quale genitore. Del resto, tale rapporto mancava nel precedente codice civile, perché il codificatore non aveva distinto tra capacità ed incapacità naturale ai fini della responsabilità nell'art. 1153 del codice del 1865.

L'art. 2048 prevede due fattispecie, una è la responsabilità dei genitori e dei tutori nel primo comma, l'altra la responsabilità dei precettori e dei maestri d'arte nel secondo comma. Qui, si concentra la prima fattispecie in cui i genitori, i tutori sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o

¹⁹² Cfr. Busnelli F., voce *Illecito civile*, cit., 20; Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni*, cit., 617-624; Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 339 ss; Bianca M., *La responsabilità*, cit., 690-699; Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1236-1238; Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 693-697; Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 202 ss; Franzoni M., *L'illecito*, cit., 620-654; Mantovani M., *Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (la responsabilità civile I), Torino, 1997, 155-182; Monateri G., *La responsabilità civile*, cit., 920-976; Galgano F., *Trattato di diritto civile*, cit., 985-987; Visintini G., *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 729-738.

¹⁹³ Rispetto all'affiliante previsto nel codice civile del 1942, la rilevanza della norma in commento è destinata a ridursi fino a scomparire, proprio perché l'art. 77 della legge di 4 maggio 1983, n. 184, ha soppresso la figura; restano peraltro fermi gli effetti nei confronti delle affiliazioni già avvenute.

delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi, salvo che provano di non aver potuto impedire il fatto.

a) I soggetti

(I) I genitori, i tutori e i minori capaci di intendere e di volere

Nell'art. 2048, 1 comma, gli autori del fatto sono i minori capaci di intendere e di volere. Invece, riguardo ai soggetti responsabili, sono soprattutto i genitori legittimi, ugualmente il padre e la madre, che devono adempiere ai doveri legali di provvedere al mantenimento dei minori, di offrire l'educazione normale, di vigilare i minori per evitare l'esercizio del fatto illecito a terzo. Il padre e la madre sono entrambi responsabili in via solidale. Questa norma è diversa dal precedente codice civile, il quale prevedeva la responsabilità primaria del padre e quella sussidiaria della madre. Tra il regime precedente e l'attuale c'è una evidente connessione rappresentata dall'esercizio della potestà che, successivamente alla riforma del diritto di famiglia, spetta congiuntamente ai genitori.

Nella dottrina italiana, all'interno della elencazione tassativa prevista dall'art. 2048, 1 comma, l'interprete si muove con una certa libertà e può avvalersi della tecnica ermeneutica estensiva. Quindi, nella giurisprudenza, l'adozione conferisce agli adottanti lo stato giuridico di genitori a tutti gli effetti, e anche agli effetti della responsabilità verso i terzi. Così è pacifico che rispondano non solo i genitori legittimi, ma anche quelli adottivi.¹⁹⁴

Poi, l'art. 2048 riguarda il tutore. Il tutore ha la cura del minore e, per la costante opinione della dottrina e della giurisprudenza, ha poteri e funzioni analoghi a quelli spettanti ai genitori; dunque, viene posto dalla norma sullo stesso piano dei genitori per la responsabilità del danno cagionato dal fatto illecito delle persone soggette alla tutela. Oltre alle persone fisiche, possono essere tutori dei minori anche gli istituti di

¹⁹⁴ Franzoni M., *L'illecito*, cit., 631.

assistenza, pubblici o privati ai quali i minori sono affidati. In base a tale norma gli istituti di assistenza in virtù dell'esercizio delle funzioni tutorie sul minore loro affidato, e dell'esercizio dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazioni dei minori, risponderanno sulla base dell'art. 2048 degli eventuali danni provocati dai minori.

Per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 2048 agli affidatari familiari e agli affidatari preadottivi che sono introdotti dalla legge del 4 maggio 1983, n. 184, c'è ancora un certo dubbio. Infatti, la figura dell'affidamento familiare presenta caratteristiche e finalità alquanto diverse rispetto all'affidamento dichiarato in sede di separazione e di divorzio, e neppure può essere assimilata agli affidamenti a terzi disciplinati dall'art. 2048, 2 comma. Occorre, dunque, verificare se l'affidatario del minore sia soggetto alla responsabilità in qualità di genitore. Sulla questione la giurisprudenza non si è espressamente pronunciata. In dottrina, alcuni studiosi ritengono inammissibile un'applicazione analogica dell'art. 2048, 1 comma, in considerazione del carattere speciale della norma. Anche il carattere provvisorio dell'affidamento esclude che il fatto dannoso del minore sia presuntivamente collegabile ad una carenza dell'educazione addebitabile agli affidatari. Questi soggetti, quindi, rispondono come sorveglianti legali del minore. L'accoglimento del minore comporta a carico dell'affidatario solo il medesimo dovere di vigilanza che, fondato sulla presunta immaturità del minore, prescinde dall'incapacità naturale del medesimo.¹⁹⁵ Però, va riconosciuto come il contenuto dei poteri che ricadono sui minori in conseguenza del provvedimento di affido non diverga da quelli propri dei genitori o dei tutori. Infatti, nell'art. 5 della legge di adozione, "l'affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione". Quindi, in senso affermativo è stato rilevato che sussisterebbero i presupposti per l'applicabilità dell'art. 2048, 1 comma.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Bianca M., *La responsabilità*, cit., 699.

¹⁹⁶ Cfr. Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 222 ss; Franzoni M., *L'illecito*, cit., 636; ecc. Inoltre, se la funzione della responsabilità dei genitori è considerata soprattutto come quella di garantire i terzi

(II) Il requisito della coabitazione tra i soggetti

Come già l'art. 1153 c. c. del 1865, l'art. 2048 c. c. del 1942 richiede, ai fini della responsabilità dei genitori, dei tutori, che i figli minori non emancipati o le persone soggette a tutela abitino con essi. Secondo un orientamento dottrinale, il requisito della coabitazione richiesto nei codici civili sarebbe previsto in funzione soprattutto di vigilanza che richiede una certa contiguità fisica per il suo esercizio, perché la funzione di educazione permarrrebbe anche quando il figlio non vivesse più con i genitori. È stato peraltro replicato che, a parte l'elasticità di determinazione del requisito della coabitazione, tale requisito è richiesto in funzione della responsabilità, per delimitare esattamente la responsabilità relativamente al periodo di affidamento e di vita in comune fra genitori (o tutori) e minori, che meglio consente l'espletamento dei doveri di vigilanza e di educazione.

Si pone poi il problema della determinazione del requisito della coabitazione nei casi concreti che dà luogo a varie questioni. Le questioni interpretative sono determinate soprattutto dalle varie situazioni di allontanamento temporaneo o di abbandono definitivo della casa familiare o da parte dei genitori (o di uno di essi) o da parte del figlio minore.

Per quanto concerne i genitori, l'allontanamento temporaneo del genitore dalla famiglia è irrilevante. L'allontanamento definitivo di norma è la causa di esonero di responsabilità, se sia legittimo e giustificato. In genere si chiede che il genitore abbia incaricato di vigilare altra persona in grado di poter svolgere i compiti affidati.¹⁹⁷ Il

dalle attività dannose dei minori, non dovrebbero esservi dubbi sulla possibilità di estenderla anche ad un soggetto affidatario, sia questo in affidamento preadottivo, o in affidamento temporaneo finalizzato al reinserimento del minore nella famiglia d'origine. Cfr. Patti S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 281.

¹⁹⁷ È stata sostenuta un'altra opinione secondo cui la responsabilità in base all'art. 2048 continuerebbe a gravare anche sul genitore non affidatario perché, a norma dell'art. 317, 2 comma del Codice civile del 1942, la potestà comune dei genitori non cessa quando, a seguito di separazione, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio i figli vengono affidati ad uno di essi. L'esercizio della potestà è regolato, in tali casi, secondo quanto disposto nell'art. 155 del Codice civile del 1942. Cfr. Patti S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 278-279. Ma nelle ipotesi di cessazione legale della convivenza matrimoniale non è sufficiente prendere in considerazione la questione della titolarità od esercizio della potestà dei genitori verso i figli minori; quello che conta è che, cessando la convivenza dei coniugi, viene meno il requisito della convivenza fra genitore e figlio posto nell'art. 2048 come fatto costitutivo della responsabilità ex l'art. 2048. Pertanto è da confermare l'opinione tradizionale secondo cui la cessazione legale della convivenza fra coniugi fa anche cessare la possibilità di

discorso ora svolto a proposito delle ipotesi della cessazione legale della convivenza fra coniugi non sembra poter essere esteso alle ipotesi di separazione di fatto, perché nella separazione di fatto esiste una situazione incerta e non definita di allontanamento fra i coniugi, ed anche perché un coniuge non sembra potersi esonerare dalla responsabilità legale verso terzi stabilita dall'art. 2048 con un semplice accordo privato ed interno.

Per quanto concerne i figli, se l'allontanamento dalla casa è temporaneo, questo anche è irrilevante. Se l'allontanamento del figlio è stabile, è avvenuto d'accordo con i genitori e non dipende da fatto imputabile ai genitori, la responsabilità dell'art. 2048 viene meno; se invece l'allontanamento è imputabile a colpa dei genitori, la responsabilità non cessa. Se poi l'allontanamento del figlio dalla casa familiare è avvenuto contro la volontà dei genitori, la giurisprudenza ha affermato che la responsabilità a carico dei genitori si aggraverebbe ove essi non abbiano ottemperato all'obbligo di richiamare il figlio alla casa paterna e di ricorrere al giudice tutelare per gli adeguati provvedimenti.

b) Il fondamento della responsabilità

(I) Abbandonando la dottrina tradizionale, palese falsificazione per sostenere il dogma della colpa, il codice vigente stabilisce la responsabilità dei genitori e dei tutori in base ai rapporti intercorrenti tra i genitori, i tutori e i minori.

La dottrina tradizionale e la giurisprudenza italiana, come l'interpretazione dell'art. 2047, 1 comma già vista, sottolineano che l'art. 2048, 1 comma stabilisce la responsabilità per colpa presunta a carico di genitori o tutori, basandosi sulla ragione fondamentale che il danno della vittima è causato sia dalla colpa di sorveglianza che dalla mancata e trascurata educazione. Secondo tale dottrina tradizionale, l'attribuzione della responsabilità ai genitori od ai tutori con la possibilità della prova

applicare la norma di responsabilità dell'art. 2048 nei confronti del genitore non affidatario, ferma restando l'attuazione dell'art. 2048 nei confronti del genitore affidatario. Cfr. Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 222.

liberatoria di non aver potuto impedire il fatto, evidenzia il disegno del legislatore di fondare la responsabilità sui soggetti chiamati dalla legge ad esercitare funzioni educative e di vigilanza sui minori, i quali potranno di conseguenza liberarsi dimostrando il corretto esercizio di tali funzioni e dunque l'inevitabilità del fatto dannoso.¹⁹⁸

Tuttavia, dal punto di vista del testo giuridico, il codice civile del 1942 sancisce la responsabilità dei genitori e dei tutori sul solo presupposto del fatto illecito dei minori coabitanti; mentre nessun riferimento attiene al contegno colposo dei responsabili, che in quest'altro caso risponderebbero poi per fatto proprio ed in concorso con il fatto dei minori (ai sensi degli articoli 2043 e 2055). Dunque, sembra che il riferimento alla presunzione di colpa sia distorcente in questa fattispecie.

Per quanto si riferisce all'interpretazione della fattispecie in esame, infatti, non si può prescindere dall'analisi della sua specificità, cioè l'esistenza di questo rapporto potestativo tra i genitori (o loro sostituti) ed i figli minori. Tale individuazione del fondamento sul rapporto, come si è visto, era già presente nel diritto romano nell'*actio noxalis adversus paterfamilias*. Nel processo di evoluzione che ha portato dal diritto romano fino ai codici civili moderni, il rapporto potestativo, in considerazione del suo significato attuale, si è adeguato ai mutamenti delle strutture familiari ed educative. Comunque, il suo contenuto sempre include in primo luogo sostegno, funzione educativa e connessa eventuale funzione disciplinare. Esso si è inoltre esteso a quello di quanti esercitano ruoli parzialmente assimilati a quelli genitoriali (i tutori, ecc.).

Quindi, abbandonando una palese falsificazione interpretativa della responsabilità dei genitori, ecc., si deve ritenere piuttosto che il suo fondamento consista nel rapporto qualificato intercorrente tra i genitori ed i figli minori coabitanti, il quale

¹⁹⁸ Cfr. Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 337; Chironi P., *Colpa extracontrattuale* (II), cit., 112 ss; Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni*, cit., 428 ss; De Cupis, *Dei fatti illeciti*, cit., 60; Bianca M., *La Responsabilità*, cit., 692; Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 202 ss; Mantovani M., *Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*, cit., 156-158; ecc.

include funzione educativa e eventuale funzione disciplinare connessa; per di più, la qualità di responsabile viene assunta dalla norma a criterio di imputazione, istituendo una forma di garanzia nei confronti degli eventuali danneggiati.¹⁹⁹ In base a tale individuazione del criterio di imputazione, la prova liberatoria prevista dall'art. 2048, 3 comma vuol costruire un alleviamento della statuizione di responsabilità, anziché evidenziare il disegno del legislatore di fondare la responsabilità sulla colpa dei genitori, ecc.

(II) La prova liberatoria dei responsabili

Ora ci si rivolge al contenuto della prova liberatoria, che è intesa come un limite posto all'estensione della responsabilità dei genitori e dei tutori. Nella dottrina italiana, il dibattito tuttora in corso sull'oggetto della prova liberatoria richiesta dalla legge è un chiaro indice dell'importanza di questo problema. La formula della prova liberatoria di "non aver potuto impedire il fatto", come si è visto sopra, è uguale sia per quella che l'art. 1153 c. c. del 1865 concedeva al padre, alla madre, ai tutori, sia per quella che l'art. 2048 c. c. del 1942 concede adesso ai genitori, ai tutori, ecc.

Sotto l'impero del Codice civile del 1865, la dottrina e la giurisprudenza avevano basato la responsabilità dei genitori e degli altri soggetti, sia sulla *culpa in vigilando* che sulla *culpa in educando*. Dunque, nella dottrina, secondo l'opinione di Giorgi, oltre alla prova dell'impossibilità di impedire il fatto, il padre, la madre, ecc., dovevano escludere ogni altra colpa precedente, sia di mala educazione, sia di imprevidenza, di trascurato esercizio della patria potestà;²⁰⁰ Inoltre, secondo il Chironi, la colpa in esame può anche riferirsi a negligenza nell'adempiere al dovere che i genitori hanno di educare la loro prole;²⁰¹ ed infine il Consolo indica che la prova della buona educazione data al figlio non è sempre bastevole ad eliminare la

¹⁹⁹ Cfr. Scognamigli R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 693 ss; Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1237; Rodotà S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., 156 ss; Patti S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 21 ss., 233 ss. 256, 277 ss; ecc.

²⁰⁰ Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni*, cit., 172.

²⁰¹ Chironi P., *Colpa extracontrattuale*, cit., 132.

colpa del padre per difetto di vigilanza.²⁰² Per quanto concerne la giurisprudenza, si era formata e consolidata l'idea secondo cui la responsabilità del genitore per l'atto illecito commesso dal figlio minore con lui convivente può essere causata, oltre che dal difetto di sorveglianza, anche dalla mancata e trascurata educazione. La prova contraria alla presunzione di responsabilità di cui all'art. 1153 c.c. del 1865 presuppone pertanto la dimostrazione da parte del genitore dell'assenza di ogni sua colpa precedente il fatto illecito anche per quanto riguarda l'esercizio dei doveri della patria potestà inerenti ad una sana educazione del figlio.²⁰³

Il passaggio dal vecchio al nuovo codice civile non aveva dato luogo ad alcun mutamento della detta idea nella giurisprudenza, ed anzi era stata espressamente sottolineata la sua continuità. Successivamente, questa idea si è ancor più consolidata ed è stata più precisamente richiesta, ai fini della prova liberatoria di cui all'art. 2048, 3 comma.²⁰⁴ Anche gli studiosi tradizionali ribadiscono che l'impossibilità di esercitare la sorveglianza non impedisce di considerare, sul piano della causalità giuridica che, se il genitore avesse impartita un'adeguata educazione, il minore, malgrado la mancata vigilanza, non avrebbe commesso il fatto illecito, perché avrebbe trovato nelle norme dell'educazione quel freno che, per l'interrotta vigilanza, accidentalmente gli è venuto a mancare nel caso concreto. Perciò, se il genitore dimostra di non aver potuto esercitare la sorveglianza, anche se per un giusto motivo, tale dimostrazione non varrebbe ad esimerlo da responsabilità ove risultasse che al minore è stata impartita una cattiva educazione, ovvero un'educazione non è stata impartita affatto.²⁰⁵

Tuttavia, come si è discusso in precedenza, si deve ribattere che tale soluzione tradizionale costituisce evidentemente una inammissibile falsificazione del senso della

²⁰² Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 356.

²⁰³ Cfr. Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 232-233.

²⁰⁴ Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 234.

²⁰⁵ Cfr. Venditti A., *Il dovere dei genitori di educare e vigilare la prole in relazione alla prova liberatoria dalla responsabilità per i fatti illeciti commessi dai figli minori*, GC, 1955, I, 1620 ss; Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 238-239; ecc.

legge in omaggio a ragioni preconcrete. Va rilevato poi che la formula proposta dà luogo ad ulteriori perplessità e riserve in quanto introduce, a fianco del criterio troppo rigido della sorveglianza, l'altro più elastico, ma di contenuto dubbio, dell'educazione; da ciò discende l'alternativa: o di considerare il dovere di educazione quale un criterio autonomo rispetto a quello di sorvegliare, che potrebbe significare un'eccessiva estensione dell'onere probatorio nella direzione di una antecedente causale più o meno lontano dal fatto e di dubbia efficienza causale; o di considerarlo come un elemento integratore del dovere di vigilare, secondo l'assunto che, ove risulti impartita una buona educazione, si può richiedere una sorveglianza meno rigorosa, ed allora ci si espone all'addebito di un eventuale ingiustificato alleviamento della responsabilità dei genitori, ed in effetti dell'onere probatorio.²⁰⁶

Se a tali rilievi si attribuisce peso, si deve prospettare un'altra e più plausibile configurazione dell'eccezione liberatoria, nel quadro di un'interpretazione coerente ed equilibrata del disposto normativo. Infatti, se i genitori, ecc. incorrono in responsabilità per il rapporto qualificato che li lega ai minori, ecc., può spiegarsi che ne rimangano tuttavia esonerati, ove nel quadro delle circostanze concrete sia mancata la possibilità di previsione ed intervento, atti ad evitare l'evento dannoso. Questo non significa che nella specie debbono verificarsi gli elementi del caso fortuito o forza maggiore, atti ad interrompere il processo causativo tra il danno e il fatto del minore; nel qual caso neppure si prospetterebbe la responsabilità di quest'ultimo. Ma vuol dire che in ipotesi si deve indagare ancora se genitori, ecc., pure investiti in astratto di lati poteri-doveri, che consentono loro di intervenire nella sfera d'azione dei minori, ecc., siano stati in concreto in grado di farlo. A questo punto si può anche giustificare l'indirizzo criticato, che prospetta la prova di fatti positivi (la buona educazione, la ragionevole sorveglianza), ma solo in quanto offrono elementi o presunzioni utili al fine di accertare se in concreto un fatto dannoso poteva essere impedito.²⁰⁷

²⁰⁶ Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 694 s.

²⁰⁷ Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 694 s.

C. La responsabilità dei precettori e dei maestri d'arte²⁰⁸

Nell'art. 2048 del nuovo codice civile, oltre alla responsabilità dei genitori e dei tutori prevista dal comma 1, seguendo il precedente dell'art. 1153, 5 comma del Codice civile italiano del 1865, il comma 2 pone a carico dei precettori e di coloro che insegnano un mestiere o un'arte²⁰⁹ la responsabilità per i danni cagionati dal fatto illecito dei loro allievi ed apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. Anche a questa responsabilità si applica la prova liberatoria di cui al comma 3 della medesima disposizione.

a) I precettori, i maestri d'arte e gli allievi, ecc.

I responsabili, secondo l'espressione testuale dell'art. 2048, 2 comma, sono i precettori ed i maestri d'arte. Per quanto concerne la parola "precettore" che proviene dall'esemplificazione della trattazione di Pothier, si intendeva originariamente il maestro assunto nelle famiglie nobiliari per educare i figli. Ma, distaccandosi dal significato originario, già nella seconda metà dell'Ottocento questa parola aveva assunto il significato generico di maestro, ed in questo senso era stato inteso, soprattutto, nella letteratura e nella giurisprudenza all'epoca del precedente codice. Poi, nel nuovo codice civile, il significato del termine precettore nell'articolo va esteso fino ad includere tutte le persone incaricate di istruire, dirigere e sorvegliare l'infanzia e la gioventù. Quindi, la norma di questo articolo è applicabile non solamente a coloro che adempiono queste funzioni in modo permanente, specialmente in un collegio, liceo, convitto o seminario, ma anche a coloro che sono semplicemente incaricati di dare delle lezioni, durante una o più ore al giorno, a fanciulli od a

²⁰⁸ Cfr. Busnelli F., voce *Illecito civile*, cit., 21; Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni*, cit., 617-624; Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 339 ss; Bianca M., *La responsabilità*, cit., 690-699; Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1238-1239; Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 693-697; Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 271 ss; Franzoni M., *L'illecito*, cit., 655-675; Monateri G., *La responsabilità civile*, cit., 920-976; Mantovani M., *Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*, cit., 155-182.

²⁰⁹ La parola "artigiano" nel vecchio codice civile è stata sostituita nel testo vigente con "coloro che insegnano un mestiere o un arte", come spiega la Relazione al progetto del libro delle obbligazioni (n. 655), di contenuto più ampio e coerente con l'interpretazione data alla norma precedente.

giovanetti, ancorché le diano particolarmente.²¹⁰

Seppure la nozione di “precettore” debba essere interpretata in senso lato, essa non può essere estesa a soggetti che non svolgano attività di vero e proprio insegnamento. Il principio è stato affermato per esonerare dalla responsabilità i dirigenti scolastici, come i presidi e i direttori didattici, salvo il caso dell’insegnamento per supplenza; talvolta il criterio è stato seguito per esonerare chi occasionalmente assolve funzioni di controllo non collegate con la didattica, come accade per i bidelli, oppure per gli enti scolastici con funzioni esclusivamente amministrative.²¹¹

Per quanto riguarda il dovere dei responsabili, gli insegnanti si affiancano e si sostituiscono ai genitori nell’opera educativa, sicché, quando il minore è sottoposto alla loro vigilanza, loro devono rispondere nella veste di continuatore dell’opera paterna. Però, la posizione sostitutiva è limitata al periodo in cui gli allievi e gli apprendisti sono sotto la loro vigilanza. Di qui la prima conseguenza è che, nell’ambito della responsabilità, il dovere non è quello dell’educazione nella sua interezza, come accade per i genitori, bensì quello di vigilanza.²¹² La vigilanza è graduata in funzione della età, della maturità, dello sviluppo psico-fisico del minore: deve essere più rigorosa per gli insegnanti di scuole elementari, mentre deve attenuarsi per quelli delle scuole superiori. Infatti, occorre correlarne il contenuto e l’esercizio in modo inversamente proporzionale all’età ed al normale grado di maturazione degli alunni, di modo che, con l’avvicinamento di costoro all’età del pieno discernimento, l’espletamento di tale dovere non richieda la continua presenza degli insegnanti, purché non manchino le più elementari misure organizzative dirette a mantenere la disciplina tra gli allievi.²¹³

²¹⁰ Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 272.

²¹¹ Franzoni M., *L’illecito*, cit., 663.

²¹² Cfr. Busnelli F., voce *Illecito civile*, cit., 21.

²¹³ Franzoni M., *L’illecito*, cit., 657.

b) La responsabilità degli insegnanti si basa non sulla cosiddetta colpa presunta, ma sul rapporto intercorrente tra gli insegnanti e gli allievi.

Per quanto riguarda il fondamento della responsabilità degli insegnanti, alla luce della dottrina tradizionale, esso si basa su una colpa presunta, e cioè sulla presunzione di una negligenza nell'adempimento del dovere di sorveglianza sugli allievi, vincibile con la prova di avere esercitato la vigilanza mediante l'adozione di tutte le misure necessarie ed adeguate in relazione all'età e al grado di maturazione dei giovani.²¹⁴

Però, la norma non offre alcun appiglio sicuro per la valutazione, sotto il profilo della diligenza, della colpa di precettori, ecc. Al contrario, come nelle altre fattispecie di responsabilità per fatto altrui, la legge tiene conto solo del rapporto intercorrente tra precettori o maestri d'arte e allievi o apprendisti, sulla base del quale si valuta il suo significato e valore sociale: i precettori, ecc., in quanto impartiscono un insegnamento, ecc., sono in grado, per l'autorità morale e lo stesso potere disciplinare connesso alla loro posizione, di esercitare sugli allievi un controllo idoneo ad impedirne l'attività dannosa. Cosicché ben si spiega che essi siano tenuti a rispondere del danno arrecato da questi ultimi.²¹⁵

Per quanto riguarda la prova liberatoria, essa è concepita in negativo dalla lettera del codice civile, mentre è stata convertita in positivo dalla giurisprudenza: i soggetti indicati nell'art. 2048, comma 2, pertanto, per essere esonerati dalla responsabilità devono dimostrare di aver adeguatamente vigilato su allievi ed apprendisti, e che, tuttavia, non è stato possibile impedire il verificarsi del fatto dannoso. Quindi, i responsabili si fanno carico sia di prevedere la imprudenza dell'autore del fatto, sia di predisporre misure organizzative e disciplinari idonee ad evitare una situazione di pericolo, nonché di produrre la prova di imprevedibilità e repentinità, in concreto,

²¹⁴ Cfr. De Cupis, *Fatti illeciti*, cit., 60; Bianca M., *La responsabilità*, cit., 692; Forchielli P., *Responsabilità civile*, seconda edizione, Padova, 1983, 485; Borea P., *I doveri dei genitori verso i figli minori e la responsabilità ex art.2048 c.c.*, cit., 398; Pinori, *Sulla responsabilità dei genitori per culpa in educando e in vigilando*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, I, 2, 555; ecc.

²¹⁵ Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 696 s; Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1238; Busnelli F., voce *Illecito civile*, cit., 21.

dell'azione dannosa. Queste ultime, peraltro, vanno valutate in funzione dell'età e della maturità degli autori del fatto.

Del resto, la situazione della prova sull'impedimento personale è analoga a quella per i genitori. Tuttavia, i genitori, ecc. svolgono funzioni relative all'educazione ed all'istruzione dei figli. Rispetto a tali funzioni più generali, i precettori ed i maestri d'arte svolgono funzioni d'insegnamento teorico e pratico, e quelle connesse di vigilanza. Inoltre, il rapporto tra i precettori e gli allievi, è meno intimo del rapporto tra i genitori ed i figli. Quindi, proprio in relazione al minor contenuto dei loro doveri, si spiega come la responsabilità dei precettori e dei maestri d'arte sia valutata con minor rigore rispetto a quella dei genitori, e che ugualmente sia per loro ragionevolmente proponibile la prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto.²¹⁶

D. La responsabilità dei padroni e dei committenti²¹⁷

L'art. 2049 del codice civile del 1942, prevedendo la responsabilità dei preponenti per gli illeciti compiuti dai propri preposti nell'esercizio delle incombenze loro affidate, trova il suo precedente diretto nell'art. 1153, 4 comma del codice civile del 1865. Però, dietro le stesse espressioni linguistiche dei codici civili, esistono grandi cambiamenti sia riguardo ai soggetti sia per i fondamenti della responsabilità.

²¹⁶ Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 296-300.

²¹⁷ Cfr. Busnelli F., voce *Illecito civile*, cit., 21 ss; Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni*, 637 ss; Bianca M., *La responsabilità*, cit., 729-736; Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, 376 ss; Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1240-1244; Galgano F., *Le obbligazioni e i contratti* (Tomo secondo), cit., 424-427; Gaudino L., *Responsabilità dei padroni e dei committenti*, in *La colpa nella responsabilità civile* (a cura di Paolo Cendon), Torino, 2006, 109-110; Trimarchi P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 57 ss; Franzoni M., *L'illecito*, cit., 676-755; Bielli S., *La responsabilità dei padroni e dei committenti per il fatto illecito dei loro domestici e commessi*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (la responsabilità civile I), Torino, 1997, 183-241; Monateri G., *La responsabilità civile*, cit., 977-1006; Apla G., *Manuale di diritto privato*, Quinta edizione, Milano, 2007, 899-902; Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 697-700; Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, Milano, 2009, 79 ss.

a) I preponenti e i preposti

(I) Da “padroni, domestici e committenti, commessi” a “preponenti e preposti”

Al fine di identificare i soggetti coinvolti nella fattispecie, tutti gli studiosi italiani si soffermano brevemente sul linguaggio scelto dal legislatore. La formula del codice civile sancisce questa responsabilità a carico di “padroni e committenti” per i fatti dei “domestici e commessi”. Si tratta di una formula antiquata e angusta, risalente al Codice Napoleone e ripresa dal Codice civile italiano del 1865, il cui significato si è progressivamente ampliato fino a ricomprendervi tutti i rapporti di preposizione mediante i quali un soggetto (preponente) si appropria dell’attività altrui (preposto). Dunque, abbandonando il riferimento ai padroni ed ai committenti, oggi i responsabili della norma possono essere letti senz’altro come i preponenti. Di contro, gli autori del fatto sono i loro preposti.

(II) L’individuazione del rapporto di preposizione tra il responsabile e l’autore del fatto

Riguardo all’individuazione del rapporto di preposizione, esso non dipende dalla scelta del preposto, in connessione al fondamento della responsabilità sulla *culpa in eligendo*. Invece, il rapporto di preposizione sussiste anche se l’autore del fatto dannoso non è stato prescelto personalmente dal responsabile. Anche l’esercizio effettivo di un potere di vigilanza e controllo non è di per sé decisivo, in quanto esso è legato alla figura della *culpa in vigilando*. Da un lato, infatti, quel potere può sussistere in qualche forma, senza che sia dato di rinvenire gli estremi dell’art. 2049; dall’altro, le prestazioni del lavoratore subordinato, anche se sottratte di fatto o di diritto alla possibilità di specifici controlli del datore di lavoro, rientrano nel rapporto di preposizione.²¹⁸

Dunque, si tende generalmente a ritenere idoneo ad identificare il rapporto di

²¹⁸ Trimarchi P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 82 ss; Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1242.

preposizione l'elemento della subordinazione, inteso ampiamente, anche oltre l'ipotesi di lavoro subordinato in senso proprio.²¹⁹ Si osserva che la subordinazione può risultare da un rapporto di fatto; che non sono essenziali né la continuità né l'onerosità del rapporto medesimo; che è sufficiente l'astratta possibilità di esercitare un potere di supremazia o di direzione, non essendo necessario l'effettivo esercizio di quel potere.²²⁰ Quindi, oltre all'ipotesi tipica del lavoro subordinato per l'impresa, il rapporto della preposizione può sussistere anche nelle ipotesi di rapporti associativi di lavoro (impresa familiare, cooperative di lavoro, ecc.) e di lavoro gratuito (ordini religiosi, associazioni di volontariato, ecc.).²²¹ Il rapporto di preposizione, infine, può essere riscontrato anche là dove sia conferito l'incarico di un'opera o di un servizio purché il committente mantenga sull'incaricato un potere direttivo.²²²

Tuttavia, tale rapporto deve escludersi, di massima, nei contratti di appalto e di mandato, in quanto l'appaltatore e il mandatario si obbligano ad eseguire la prestazione per conto del cliente ma nell'esercizio della propria autonomia decisionale e organizzativa. Però, se il committente o il mandante si riservano la direzione dell'operato dell'appaltatore o del mandatario, essi rispondono per i danni arrecati da questi soggetti nell'espletamento dell'incarico.

(III) Il limite dell'esercizio delle incombenze affidate ai preposti

Peraltro, come è congruo alla funzione della norma, in base all'art. 2049 non sono imputati ai preponenti tutti i danni comunque cagionati dai preposti, ma solo quelli arrecati nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti. Quindi, è necessario che esista una connessione tra incombenze e danno.

La consolidata interpretazione giurisprudenziale reputa non essenziale che il fatto

²¹⁹ Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1242.

²²⁰ Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 698 s; Trimarchi P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 123;

²²¹ Però, si ritengono escluse dalla norma di cui all'art. 2049 le attività espletate a mero titolo di cortesia. Cfr. Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, cit., 98.

²²² Bianca M., *La responsabilità*, cit., 732.

dannoso derivi dall'esercizio delle incombenze, essendo sufficiente che tra l'esercizio delle incombenze ed il danno sussista un nesso di occasionalità necessaria.²²³ Vale a dire, è sufficiente che l'esercizio delle incombenze esponga il terzo all'ingerenza dannosa del preposto. Se così, il preponente ne risponde pur se il preposto abbia abusato della sua posizione, contravvenendo alle istruzioni ricevute, affidando ad altri l'esecuzione delle proprie incombenze, agendo per finalità estranee a quelle del preponente, ecc.

A tale orientamento, la dottrina ha mosso rilievi, concernenti essenzialmente lo scarso rigore del criterio della occasionalità necessaria. Questo, peraltro, se opportunamente precisato, consente risultati congrui alla funzione della norma, in quanto, da un lato non ne limita ingiustamente l'operatività alla sola ipotesi di esecuzione delle istruzioni del preponente, e dall'altro non deborda oltre l'esigenza di accollare a questi la garanzia del risarcimento del danno cagionato dai fatti illeciti connessi all'affidamento di determinate mansioni. Utile a delimitare l'ambito della responsabilità e a risolvere i casi limite, appare il criterio della obiettiva prevedibilità del fatto dannoso al momento dell'affidamento dell'incarico. Rientreranno dunque nella fattispecie gli atti dannosi del preposto, rispetto ai quali l'agevolazione derivante dall'esercizio delle incombenze non sia del tutto anomala e casuale, ma in qualche modo collegata alla natura e alle modalità dell'incarico affidato.²²⁴

b) Il fondamento della responsabilità

(I) L'abbandono della dottrina tradizionale—la *culpa in vigilando* o *in educando*

La dottrina tradizionale, rifacendosi all'idea della colpa, riconduceva pur sempre la responsabilità dei preponenti alla colpa presunta nella scelta e nella vigilanza dei dipendenti.²²⁵ Però, in questa interpretazione sussiste una difficoltà esegetica rispetto

²²³ Busnelli F., voce *Illecito civile*, cit., 22; Bianca M., *La responsabilità*, cit., 733.

²²⁴ Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1242-1243; Trimarchi P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, 155 ss.

²²⁵ Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 392 ss; ecc.

all'espressione letterale del codice civile. Vale a dire, se di presunzione si trattasse, si dovrebbe ammettere la prova contraria, ragion per cui si dovrebbe poter affermare che, laddove il preponente dimostrasse di aver vigilato o scelto con diligenza il preposto, egli dovrebbe andare esente dalla responsabilità, nonostante il verificarsi del fatto. Ancora, se di presunzione si trattasse, si dovrebbe consentire al preponente di esercitare una effettiva scelta sulla persona del dipendente da assumere. Al contrario, secondo una tendenza consolidata, la condanna al risarcimento viene pronunciata a prescindere dalla possibilità di esercitare quella facoltà di scelta, che le vigenti disposizioni in materia di avviamento al lavoro talvolta escludono espressamente, in omaggio ad un principio di parità di trattamento tra gli aspiranti lavoratori.²²⁶

Per superare gli ostacoli logici che impediscono di fondare la responsabilità dei preponenti sulla colpa presunta, la dottrina tradizionale aveva fatto ricorso alla figura della presunzione assoluta di colpa. La tecnica della presunzione assoluta cambia status: da criterio per far dipendere gli effetti dalla mancata prova contraria, diviene essa stessa fattispecie, ossia assume la rilevanza di un precetto. Di conseguenza, quando si ricorre alla figura delle presunzioni assolute, si adotta una formula argomentativa utile solo per legittimare un dato a priori, quando non trova referente diretto nel testo della norma: in questo caso, si tratterebbe della vigenza del principio "nessuna responsabilità senza colpa".²²⁷

Però, come si è già discusso, riesce agevole svelare il carattere arbitrario ed equivoco della suddetta soluzione, che poggia in definitiva su una mera finzione, laddove non v'è dubbio che i preponenti rimangano responsabili, anche se hanno esplicato la massima diligenza nella nomina del preposto e nel controllo del suo operato. Seguendo lo sviluppo della società moderna e il cambio dell'ambiente dottrinale, la dottrina attuale deve convenire invece che la fattispecie controversa

²²⁶ Franzoni M., *L'illecito*, cit., 680-681.

²²⁷ Messineo F., *Istituzioni di diritto privato*, cit., 612; Ruggiero R., *Istituzioni di diritto civile*, cit., 500; Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, cit., 391 ss; Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni*, cit., 637; Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 697.

costituisce un tipico esempio di responsabilità oggettiva; ed in tale direzione dunque deve orientarsi l'indagine volta a determinarne la *ratio* ed illustrarne il valore.²²⁸

(II) I difetti delle teorie del rischio

In senso del tutto opposto si muove la dottrina più corrente: che ritiene di ricondurre la responsabilità dei preponenti nell'ambito di quella oggettiva, richiamando all'uopo le varie teorie del rischio, per esempio, le teorie del rischio-profitto, rischio-creato, ecc., secondo cui i preponenti, in quanto si avvalgono nel loro interesse e lucro dell'altrui attività, debbono sopportarne le conseguenze altresì sfavorevoli.²²⁹ La soluzione prospettata si rivela significativa, e si arricchisce di nuovi motivi, ove secondo un'opinione più evoluta si identifichi la responsabilità del preponente con quella di impresa; così da tradurne il peso in un elemento di costo, che l'imprenditore deve tener presente e può riversare attraverso il meccanismo dei prezzi sulla massa dei consumatori, potendo altresì cautelarsi contro il rischio con il ricorso all'assicurazione.

Ciononostante, le teorie del rischio si imbattono nell'obiezione di attribuire a ragioni ed elementi desunti dalla realtà socio-economica, ma non considerati dalla legge, rilevanza altresì giuridica. Nella fattispecie l'art. 2049 nessun sicuro appiglio offre per ritenere che i preponenti rispondano del fatto dei loro preposti, sul solo presupposto e nei limiti del rischio-profitto. In senso contrario, si possono addurre gli esempi del padrone che affida al domestico un incarico di interesse personale ed economicamente irrilevante; o ancora di un ente che svolge a mezzo dei suoi incaricati un'attività filantropica. E tanto meno a questa stregua possono identificarsi i

²²⁸ L'influenza della tradizione culturale è ancora forte nella giurisprudenza. Dunque, le responsabilità dei preponenti nelle sentenze si esprimono in termini di presunzione di responsabilità. Però, il ricorso alla presunzione di *culpa in vigilando vel in eligendo* del preponente è solo un omaggio ingiustificato alla tradizione, e non ha senso sostanziale. Infatti, nella giurisprudenza, si vanno intensificando i casi di esplicito rifiuto della categoria tradizionale della presunzione di colpa del preponente. Cfr. Bielli S., *La responsabilità dei padroni e dei committenti per il fatto illecito dei loro domestici e commessi*, cit., 185-186.

²²⁹ Cfr. Trimarchi P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 155 ss. e 285 ss; Apl G., *Manuale di diritto privato*, cit., 899-902; Galgano F., *Le obbligazione e i contratti*, cit., 424-427; Salvi C., *La responsabilità civile* (seconda edizione), Milano, 2005, 193; ecc.

preponenti con la figura dell'imprenditore.²³⁰

(III) Il rapporto di preposizione tra il responsabile e l'autore del fatto deve essere ribadito come il fondamento della responsabilità dei preponenti.

La verità è che le teorie di rischio-profitto o di rischio di impresa, ecc. costituiscono semmai motivi mediati della fattispecie di responsabilità, il cui fondamento deve ricercarsi invece negli elementi e nei dati assunti dal disposto normativo. Riguardo all'individuazione del criterio di imputazione della fattispecie, l'indagine deve volgersi invece alla sua specificità, cioè all'esistenza del rapporto di preposizione tra il preponente ed il suo preposto, che è già proposta dal diritto romano nelle *actiones furti et damni in factum adversus nautas cauponas stabularios*.

Tale rapporto assume di certo valore e significato idonei a far luce in pari tempo sulla sua *ratio* ed il suo contenuto. Basti considerare che, alla stregua di essa e ampliando in pari misura la sua stessa sfera d'azione, ci si riferisce alla facoltà che a ciascun soggetto compete, nella sua libertà di determinazione, di avvalersi dell'attività di altri. Qui, in buona sostanza, un soggetto agisce a mezzo di altri per realizzare un suo fine od interesse, che altrimenti richiederebbe la sua azione personale o, a dirla brevemente, un soggetto fa agire altri per sé. Si spiega agevolmente, a questo punto, che il preponente, nel cui interesse si svolge in definitiva l'attività dannosa, non possa sottrarsi alle sue conseguenze, solo perché ha agito a mezzo di altri. Allo stesso modo rimane confermato che la responsabilità nella specie non può ricondursi al contegno del preponente, che qui non viene preso in considerazione, né al solo fatto del preposto, che determina la sua responsabilità, bensì al rapporto per cui un soggetto fa agire l'altro per suo conto; il che emerge poi come un fatto reale ed estrinseco, per cui ben può valere di nuovo a giustificare l'accollo di responsabilità nei confronti del terzo (il leso estraneo al rapporto). Alla luce di tali rilievi, la disamina della fattispecie normativa deve procedere poi, affrontando senz'altro indugio il problema, di maggior

²³⁰ Cfr. Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 697 s; Busnelli F., voce *Illecito civile*, cit., 4 ss; ecc.

rilievo altresì pratico, dei termini e della natura del delineato rapporto intercorrente tra il preponente e il preposto.²³¹

Del resto, sulla base del criterio oggettivo, i preponenti non possono esentarsi dalla responsabilità tramite la prova dell'assenza della colpa. Però, quando comunemente si allude alla prova liberatoria del responsabile, si intende riferirsi alla dimostrazione che non sussistono i presupposti per applicare l'art. 2049: che non esiste il vincolo di preposizione; che il fatto non è eziologicamente collegabile al rapporto di lavoro; che l'illecito non è stato commesso dal preposto. Così è stato negato il risarcimento sia in mancanza della prova del rapporto di preposizione, sia in mancanza del rapporto di occasionalità necessaria con l'esercizio delle incombenze, le quali talvolta non vengono ritenute implicite nella dimostrazione di un mero rapporto di lavoro tra i soggetti indicati come responsabili.²³²

²³¹ Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 696.

²³² Franzoni M., *L'illecito*, cit., 699-700.

CAPITOLO V Considerazioni conclusive: le analogie della responsabilità per fatto altrui tra i codici civili che sono provenienti dal modello comune stabilito dal diritto romano

1. Il modello romano della responsabilità per fatto altrui nel sistema della responsabilità extracontrattuale

In periodi storici diversi, la responsabilità per fatto altrui ha subito grandi cambiamenti. Inoltre, nei codici civili del sistema romanistico, tale responsabilità assume altresì configurazioni differenti. Però, nel sistema della responsabilità extracontrattuale, come già detto in precedenza, il diritto romano imposta un modello comune seguito dai codici civili del sistema romanistico: le fattispecie della responsabilità per fatto altrui, riferendosi ai casi in cui esistono rapporti speciali tra gli armatori, i locandieri, i titolari della stazione e i dipendenti, tra i padri di famiglia e i figli, tra i sorveglianti e gli incapaci, svolgono il ruolo di eccezione al principio generale della colpa in base ai criteri oggettivi, ossia i rapporti speciali (di potestà, di sorveglianza, di preposizione) tra i soggetti coinvolti. Alla luce del modello romano, possiamo trovare delle analogie tra i codici civili moderni per quanto riguarda la responsabilità per fatto altrui.

2. Analogia (I): in tutti i codici civili, la responsabilità per fatto altrui si riferisce a tre categorie principali di fattispecie, cioè la responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci, la responsabilità dei genitori, ecc., per il fatto dei minori e la responsabilità dei preponenti per il fatto dei preposti.

A. L'evoluzione relativa ai soggetti

Nel diritto romano, i soggetti responsabili dell'*actio in factum adversus nautas, cauponas, stabularios* si limitano solo a tre tipi di soggetto, cioè gli armatori, i locandieri e i titolari di stazione di cambio; i responsabili dell'*actio adversus*

paterfamilias si limitano solo ai padri di famiglia; infine, la responsabilità per il fatto degli incapaci di intendere o di volere cade soprattutto sul *paterfamilias*.

Nei codici civili del sistema romanistico, invece, l'ambito dei responsabili non si limita ai soggetti suddetti, essendosi infatti progressivamente ampliato.

Per quanto concerne il caso in cui il danno altrui è cagionato dai dipendenti, all'inizio dell'entrata in vigore del Codice Napoleone del 1804 e del Codice civile italiano del 1865, l'ambito dei soggetti responsabili includeva i "padroni e committenti", espressione più ampia di quella del diritto romano. Poi, basandosi su interpretazioni più ampie, nei codici civili moderni i responsabili si sono estesi fino ad includere tutti i soggetti che utilizzano e dispongono del lavoro dei dipendenti in base al rapporto di preposizione.

Analogamente, per quanto concerne il caso in cui il danno altrui è cagionato dai minori, nel Codice Napoleone del 1804 e nel Codice civile italiano del 1865, l'ambito dei responsabili include non solo i padri di famiglia, ma anche le madri nell'assenza dei padri. Oltre ai soggetti suddetti, anche i precettori e gli artigiani, in senso stretto, sono inclusi nell'ambito dei responsabili come sostituti dei genitori nel periodo di istruzione. Ad oggi, nei codici civili, si estende ad includere tutte le persone incaricate di sostenere, istruire e dirigere l'infanzia e la gioventù.

Inoltre, riguardo al caso in cui il danno è cagionato dagli incapaci, la situazione è anche analogica. Amplificati in base a rapporti di sorveglianza, i soggetti responsabili includono i genitori e altri soggetti che sono in grado di vigilare sugli incapaci per evitare il danno a terzi, secondo la legge e il contratto.

Insomma, l'evoluzione dei soggetti per i quali è prevista la responsabilità per fatto altrui è avvenuta tramite un processo di estensione che, partendo dall'originaria individuazione dei responsabili nei soggetti concreti previsti dalle azioni nel diritto romano, ha gradualmente portato, nei codici civili moderni, ad estendere l'ambito dei

responsabili a tutti i casi in cui esiste un rapporto in forza del quale si è tenuti a rispondere di altri, per il quale si suole parlare di rapporto del rispondere, che include tre categorie principali sulla base dei tre rapporti speciali, ossia di potestà, di sorveglianza e di preposizione.

B. I soggetti della responsabilità per fatto altrui

Per quanto concerne i soggetti, i codici civili del sistema romanistico, attraverso l'astrazione e l'estensione dei soggetti proposti dalle azioni del diritto romano, arrivano a concordare su tre categorie principali di fattispecie della responsabilità per fatto altrui: a) la responsabilità per il fatto dei minori, nella quale esiste il rapporto della potestà tra i responsabili e gli autori del fatto, per esempio, l'art. 1384, comma 4, 6-8 del Codice Napoleone, l'art. 832 del BGB, l'art. 2048 del Codice civile italiano del 1942; b) la responsabilità per il fatto degli incapaci, nella quale esiste il rapporto della sorveglianza tra i responsabili e gli autori del fatto, per esempio, l'art. 1384, comma 1 e 4 del Codice Napoleone, l'art. 832 del BGB, l'art. 2047 del Codice civile italiano del 1942; c) la responsabilità per il fatto dei preposti, nella quale esiste il rapporto di preposizione tra i responsabili e gli autori del fatto, per esempio, l'art. 1384, comma 5 del Codice Napoleone, l'art. 831 del BGB, l'art. 2049 del Codice civile italiano del 1942.

Dunque perché, nei codici civili, la responsabilità per fatto altrui si riferisce alle tre categorie suddette?

Nel diritto civile, esiste un presupposto secondo cui i soggetti civili sono gli uomini ragionevoli, che hanno capacità di intendere e di volere, di comprendere la rilevanza sociale negativa delle proprie azioni e di decidere autonomamente il proprio comportamento.²³³ Quindi, ogni persona è tenuta ad un dovere generale, cioè quello di rispondere del fatto proprio nel caso in cui sia arrecato un danno a terzi dal fatto medesimo.

²³³ Bianca M., *La responsabilità*, cit., 65.

In base al principio generale, qualora il fatto illecito sia posto in essere da un incapace, questi non risponderebbe ed il soggetto leso dovrebbe sopportare il danno subito. E ciò è iniquo. Dunque, oltre a questo dovere generale, in alcune situazioni speciali il diritto bisogna gravare anche alcuni soggetti particolari di un dovere addizionale, secondo il quale questi soggetti devono rispondere del fatto altrui, così come il sistema del diritto romano ha individuato tre tipi di situazioni nelle quali un terzo è chiamato a rispondere.

Sulla base dell'impostazione del diritto romano, il diritto civile soprattutto si rivolge a due categorie di soggetti speciali. Infatti, oltre alle persone normali suddette, nella vita sociale esistono anche persone, quali i minori e gli incapaci psichici, che a causa dell'età, della malattia o di altre ragioni, mancano le facoltà intellettive e volitive necessarie per essere ritenuto imputabile. Per queste persone c'è bisogno di sostegno, controllo, sorveglianza e garanzia dell'obbligo di risarcimento di danno da parte di altri soggetti che hanno la capacità di intendere e di volere. Perciò, nei casi in cui esistono rapporti di sorveglianza e di potestà, i sorveglianti, i genitori, i tutori, ecc., sono tenuti alla responsabilità, quando i minori o gli incapaci hanno cagionato un danno a terzo.

Oltre a ciò, esistono anche quei soggetti che hanno capacità di intendere e di volere, ma che lavorano per interesse altrui, essendo diretti e vigilati durante l'esercizio dell'incombenza. In tal caso, il rischio dell'attività e il guadagno sono entrambi derivanti dalla posizione del preponente. Per di più, i preponenti sono in grado di offrire la garanzia di risarcire il danno della vittima. Quindi, quando i preposti hanno cagionato il danno a terzo durante l'esercizio di lavoro, i preponenti devono assumere la responsabilità.

In considerazione delle ragioni suddette, la responsabilità per fatto altrui nei codici civili si riferisce alle tre fattispecie riguardanti i casi in cui esistono rapporti di sorveglianza, di potestà o di preposizione.

3. Analogia (II): nel sistema della responsabilità extracontrattuale, la responsabilità per fatto altrui, basandosi sui rapporti intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto, deroga al principio generale della colpa allo scopo di tutelare l'interesse delle vittime.

A. L'evoluzione relativa al fondamento della responsabilità

Nel diritto romano, abbandonando l'imputazione della colpa dei responsabili e basandosi su criteri oggettivi, cioè i rapporti di potestà, di sorveglianza, di preposizione intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto, erano condannati il *paterfamilias*, *nautas*, *caupones*, *stabularios*, ecc., ad assumere la responsabilità oggettiva per fatto altrui in considerazione della tutela delle vittime.

Tuttavia, questa situazione era cambiata a causa dell'estensione del principio della colpa. Infatti, nei secoli successivi della *Lex Aquilia*, comparve una interpretazione di questo principio tendente a costituirlo come unico criterio che unificasse la materia della responsabilità extracontrattuale ed assorbisse in una unica fattispecie generale tutte le fattispecie tipiche speciali. Poi, soprattutto in seguito al lavoro dei giusnaturalisti, questo principio è stato elevato a dogma, che si ritrova affermato in alcuni codici civili del XIX secolo, come ad esempio il Codice Napoleone del 1804, il Codice civile italiano del 1865, ecc.

Di conseguenza, tutte le fattispecie della responsabilità per fatto altrui sono interpretate come quelle della responsabilità per colpa (presunta), cioè si basano sulla colpa propria dei soggetti, il quali assumono la responsabilità del danno cagionato dal fatto altrui. Più precisamente: per quanto concerne la responsabilità dei genitori, ecc., i genitori, i tutori, ecc., assumono la responsabilità, per il fatto dei minori, sulla propria colpa a causa dell'omissione di adempimento dei doveri legali (per esempio, secondo la dottrina italiana d'allora, come si è visto, il fondamento della responsabilità era interpretato sia come *culpa in vigilando* sia come *culpa in educando* a causa della negligenza nell'adempire ai doveri di vigilanza e di educazione). Per

quanto concerne la responsabilità dei preponenti, i soggetti responsabili assumono la responsabilità per il fatto dei preposti sulla propria colpa a causa della negligenza di adempiere ai doveri di scegliere e di vigilare i preposti (*la culpa in eligendo*).

Fino al secolo XX, seguendo lo sviluppo della società moderna, alla luce delle ulteriori esigenze di giustizia ed equità, il discorso sulla responsabilità oggettiva si è riproposto nell'attuale esperienza, in relazione al fenomeno della enorme potenzialità di danno che macchine ed industrie hanno sviluppato man mano. Dunque, la dottrina moderna è ritornata ad essere inscritta in ordinamenti di tradizione romanistica, in cui l'unicità del principio della colpa è stata integrata dall'accoglimento di eccezioni, e così, insieme al principio generale della colpa, che resta tuttavia generale, le fattispecie speciali sono interpretate di nuovo come responsabilità oggettive.

Nel campo della responsabilità per fatto altrui, si è quindi abbandonata la dottrina tradizionale, palese falsificazione dei dati reali al fine di ostinatamente la vecchia massima "nessuna responsabilità senza colpa", ritornando così alla tradizione romanistica, secondo la quale, allo scopo di garantire il risarcimento a chi è stato danneggiato dal fatto illecito, l'individuazione del fondamento della responsabilità per fatto altrui fissa l'attenzione sulla sua specificità, ossia l'esistenza del rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto. Quindi, la responsabilità in esame, basandosi su tale criterio oggettivo, deve essere collocata tra le fattispecie di responsabilità oggettiva.

B. Il fondamento della responsabilità per fatto altrui

Secondo il suddetto processo di evoluzione, i codici civili del sistema romanistico condividono un punto importante: la responsabilità per fatto altrui, pur con delle oscillazioni che hanno dato luogo a diverse prospettive nei secoli, si è fondata sui rapporti intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto, per cui tale responsabilità è sempre eccezione al principio generale della colpa, allo scopo di tutelare le vittime.

Riguardo a questa somiglianza, potremmo verificarla confrontando alcuni articoli dei codici civili del sistema romanistico: l'art. 1384 del Codice Napoleone, gli articoli 831 e 832 del BGB, gli articoli 2047, 2048 e 2049 del Codice civile italiano del 1942, sono tutte disposizioni speciali della responsabilità per fatto altrui; mentre gli articoli 1382 e 1383 del Codice Napoleone, l'art. 823 del BGB e l'art. 2043 del Codice civile italiano del 1942 sono le norme generali dei codici civili dedicate a prevedere il principio generale della colpa. Tra questi articoli, quelli speciali dedicati alla responsabilità per fatto altrui non sono coperti dalla generalità della norma per il principio della colpa. Tutti i codici civili prevedono, tramite articoli speciali, le fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui, che configurano la responsabilità senza colpa, comunque essendo eccezioni al principio generale della colpa nel sistema della responsabilità extracontrattuale.

Da qui, si pone un interrogativo: perché, nei codici civili del sistema romanistico, la responsabilità per fatto altrui si basa sul rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto e perciò svolge sempre il ruolo di eccezione nel sistema della responsabilità extracontrattuale?

A mio avviso, potremmo rispondere esaminando il rapporto tra la responsabilità per fatto altrui e il principio generale della colpa. Il principio generale, secondo cui la colpa, che, senza cause di giustificazione, cagiona ad altri un danno lesivo di un bene giuridicamente tutelato, deve essere punita ("la colpa, che causa danno ad altri, è da punire") viene posto al centro nel sistema della responsabilità extracontrattuale, il quale è capace di dinamica diretta espansione.

Tuttavia, questo principio generale non può estendersi ai casi in cui sussistono rapporti di sorveglianza, di potestà e di preposizione tra i responsabili e gli autori del fatto, sia perché nelle fattispecie generali il responsabile è il medesimo che ha cagionato un danno a terzo, invece nei casi speciali, il responsabile e l'autore del fatto sono separati; sia perché il principio generale della colpa è concentrato sulla punizione della condotta in riferimento alla colpa del responsabile, invece nei casi

speciali suddetti, lo scopo principale è quello di tutelare l'interesse della vittima.

Dunque, per riempire la lacuna lasciata dal principio generale della colpa in tali casi speciali, emerge la responsabilità per fatto altrui, che cade su un individuo diverso dall'autore del fatto. In tale fattispecie speciale, il responsabile occupa la posizione caratteristica in cui un soggetto si viene a trovare nei confronti di un altro che arreca il danno; ad essa il diritto attribuisce tale rilevanza tenendo conto dei poteri-doveri di sorveglianza ed educazione e di scelta e direzione, ecc. che tale rapporto comporta a carica del terzo responsabile. Basandosi su ciò, le fattispecie speciali, che svolgono un ruolo risarcitorio, prevalgono nei confronti della coerenza logica del rapporto fra punizione e riprovevolezza della condotta nel principio della colpa. Quindi, rispetto al principio generale della colpa, la responsabilità per fatto altrui svolge il ruolo di eccezione nel sistema della responsabilità extracontrattuale. Di conseguenza, i codici civili devono prevederla fuori della norma generale, tramite articoli speciali.

Insomma, dal punto di vista del sistema della responsabilità extracontrattuale, la costruzione della responsabilità per fatto altrui non è mai cambiata, dal diritto romano fino ai codici civili moderni. Cioè, la responsabilità in esame, basandosi sui rapporti di rispondere dell'altro, più precisamente i rapporti di sorveglianza, di potestà e di preposizione tra i responsabili e gli autori del fatto, si comporta come un'eccezione del principio generale della colpa allo scopo della tutela della vittima.

PARTE III

LE RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALI PER FATTO ALTRUI NEL DIRITTO CINESE

CAPITOLO VI Le responsabilità extracontrattuali per fatto altrui nel diritto antico

Anche nel sistema del diritto cinese antico, si trovano norme civili relative alla responsabilità per fatto altrui, quantunque esse non siano ampie come quelle presenti nel diritto romano.

Nei codici delle dinastie cinesi, come nel diritto romano, era previsto che i servi fossero beni dei padroni di famiglia, ad esempio, nel Codice della Dinastia Tang che è l'emblema del diritto cinese antico, i servi (chiamati *Buqu* oppure *Nubi jianren*), come gli animali ed altri beni, appartenevano al padrone; i figli erano sempre sottoposti alla potestà dei padri di famiglia e pertanto non avevano posizione indipendente.²³⁴ A causa del loro potere sui sottoposti, i padri di famiglia dovevano assumere la responsabilità nel caso in cui questi sottoposti avessero commesso un delitto a terzo. Però, a differenza delle regole nel diritto romano, i sovrani cinesi concentrarono la propria attenzione sull'ordine pubblico, pertanto al padre di famiglia non era permesso di consegnare il suo sottoposto alla vittima. Egli era invece tenuto a consegnare l'autore materiale al governo locale; inoltre, il padre di famiglia doveva anche pagare il risarcimento del danno alla vittima. Del resto, i codici antichi tennero fede alla massima "il figlio di famiglia non può assolutamente avere un proprio patrimonio", è pertanto impossibile che il figlio di famiglia possa essere convenuto direttamente nell'azione civile.²³⁵

Le norme suddette, dall'inizio delle dinastie Qin e Han fino alla Dinastia Qing, non sono sostanzialmente cambiate. Questo fino alla fine della Dinastia Qing, quando la riforma del diritto introdusse il diritto romano, il diritto tedesco, ecc., abrogando

²³⁴ Nell'antica società cinese, i sovrani delle dinastie rivolsero sempre la propria attenzione all'agricoltura, compiendo ogni sforzo possibile per impedire lo sviluppo dell'economia commerciale. Dunque, non esistevano regole come le *actiones furti et damni in factum adversus nautas caupones stabularios* del diritto romano. Riguardo ai casi rari in cui un impiegato avesse cagionato un danno a terzo, erano applicate per analogia le regole relative ai servi. Cfr. Zhang Jinfan, *La tradizione del diritto cinese e l'evoluzione*, 2005, Pechino, 116 ss.

²³⁵ Cfr. Chen Pengsheng, *La storia del diritto cinese antico* (il volume delle dinastie Sui e Tang), V, 1999, Pechino, 253 ss; Zhang Jinfan, *Il diritto civile nella Dinastia Qing*, 1998, Pechino, 41 ss, 168 ss, 186 ss; ecc.

totalmente le norme tradizionali.

CAPITOLO VII Le responsabilità per fatto altrui nei precedenti codici civili

1. La storia della codificazione moderna in Cina: l'abbandono delle tradizioni cinesi e le codificazioni secondo il sistema romanistico

Alla fine del XIX secolo, il governo della Dinastia Qing, per corrispondere alla riforma sociale, decise di abbandonare le tradizioni cinesi e di introdurre il diritto civile moderno in Cina. Dunque, il diritto romano, il Codice Napoleone, il Codice civile tedesco e il Codice civile giapponese divennero il centro dell'attenzione degli studiosi cinesi. Nel 1908 il governo centrale della Dinastia Qing istituì l'Ufficio per la Revisione delle Leggi, incaricando alcuni specialisti di sovrintendere ai lavori per il progetto del codice civile. Nell'agosto del 1911 fu completato il Progetto del codice civile della Dinastia Qing, ma poi non venne promulgato perché la dinastia fu rovesciata. Esso prende il nome di "Primo progetto del codice civile".

Da un punto di vista storico, questo movimento della codificazione ha un grande significato, perché con esso il sistema romanistico è stato introdotto nel diritto cinese, esercitando di conseguenza una influenza decisiva sulla legislazione successiva e sulla scienza giuridica cinese.

Dopo la rivoluzione del 1911, l'Ufficio per la Revisione delle Leggi del governo nazionale a Pechino continuò i lavori per l'elaborazione del codice civile. Nel 1926 fu completato il Progetto del codice civile della Repubblica di Cina, in cinque parti, 1522 articoli, e fu annunciata la raccolta di pareri, mentre il Ministero della Giustizia ordinò a tutti i tribunali di adottarlo come modello. Tuttavia, anch'esso alla fine non entrò in vigore, e venne chiamato "Secondo progetto del codice civile". Nel dicembre del 1928 il governo di Nanchino, presieduto da Jiang Jieshi, istituì un comitato per il progetto di codice civile composto da cinque persone. Studiati e confrontati i due progetti precedenti, nel dicembre del 1930 fu approvato il codice civile in cinque parti

e in 1225 articoli. Questo codice civile, con alcune modifiche, ancora oggi vige nella provincia Taiwan.

Dopo la fondazione della Repubblica Popolare Cinese si sono susseguiti tre progetti di codice civile, ossia quelli del 1956, del 1964, del 1982, tutti simili al Codice civile sovietico, che però non entrarono in vigore a causa dei mutamenti politici. Nel 1986 furono promulgati la legge sui *Principi Generali di Diritto Civile*, una semplificazione del progetto del 1982, che attualmente, insieme alle leggi su singole materie e alle interpretazioni della Corte suprema, rappresentano la struttura portante del diritto civile in Cina.

Nel marzo del 1998, il governo centrale ha deciso di ricominciare il lavoro di codificazione, che dovrà compiersi in due passi: il primo è quello delle legislazioni della legge sui contratti, della legge sui diritti reali, della legge sulla responsabilità extracontrattuale, ecc.; il secondo consiste nella codificazione delle leggi suddette, dopo la quale un codice civile intero sarà finalmente compiuto.²³⁶

Riguardo alla legislazione della responsabilità extracontrattuale, il progetto ufficiale della legge si è presentato come un capitolo del progetto del codice civile, ed è stato discusso nel XXXI congresso della commissione permanente della IX Assemblea popolare nel dicembre 2002.²³⁷ Poi, al dicembre 2008, la Commissione giuridica pubblicava il nuovo progetto per il secondo esame e discussione nell'XI congresso

²³⁶ Fei Anling, *Gli sviluppi storici diritto cinese dal 1911 fino ad oggi. Lineamenti di una analisi relativa al diritto privato*, in *Roma e America. Diritto romano comune* (rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina, 2007), 23, 111 ss.

²³⁷ È necessario notare che, oltre al progetto ufficiale, ci sono anche altri quattro progetti famosi condotti dagli studiosi cinesi: il progetto della Accademia Cinese delle Scienze Sociali denominato *La legge sui fatti illeciti* (a cura di Liang Huixing); il progetto dell'Università del Popolo Cinese chiamato *La legge sui fatti illeciti* (a cura di Wang Liming); il progetto dell'Università di Xiamen che fa parte del progetto del *Codice Civile Verde* (a cura di Xu Guodong); il progetto dell'Università del Popolo Cinese chiamato *La legge sulla responsabilità extracontrattuale* (a cura di Yang Lixin). Questi progetti hanno offerto consigli ragionevoli ai legislatori. Però, alla fine della legislazione, l'influenza di questi progetti è di fatto più debole di quella del progetto ufficiale. Cfr. Fei Anling, *Gli sviluppi storici diritto cinese dal 1911 fino ad oggi. Lineamenti di una analisi relativa al diritto privato*, in *Roma e America. Diritto romano comune* (rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina, 2007), 23, 111 ss.; Xu Guodong, *Note introduttive all'esame della struttura dei tre principali progetti di codice civile per la RPC attualmente in fase di elaborazione*, in *Roma e America. Diritto romano comune* (rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina, 2007), 23, 131 ss.

della commissione permanente della XI Assemblea del Popolo. Il 28 dicembre 2009, finalmente, sulla base del progetto suddetto, la legge sulla responsabilità extracontrattuale è stata approvata dal XXII congresso della commissione permanente della XI Assemblea del Popolo.

2. Gli articoli relativi nei vecchi codici civili²³⁸

A. Il progetto del codice civile della Dinastia Qing

Art. 951:

Colui che per legge è tenuto a esercitare la sorveglianza su una persona che abbisogna di vigilanza per minore età o per il suo stato mentale o fisico, è tenuto a risarcire il danno che questi arrechi a un terzo. L'obbligo di risarcimento non ha luogo se egli abbia adempiuto al dovere di sorveglianza, o se il danno sarebbe sorto anche se la sorveglianza fosse stata esercitata nel debito modo.

Art. 952:

Colui che impiega un'altra persona per un qualsiasi lavoro è tenuto a risarcire qualsiasi danno che l'altro causi a terzi nello svolgimento del suo lavoro. L'obbligo di risarcimento non si pone nel caso in cui il preponente abbia impiegato la necessaria scrupolosità nella selezione del dipendente e abbia posto la giusta attenzione nell'esercizio della vigilanza, o anche se il danno sarebbe stato inevitabile nonostante l'esercizio di tali cure.

La stessa responsabilità si attribuisce ad una persona che, per contratto con il preponente, si impegna a farsi carico di una delle questioni di cui il comma

²³⁸ Qui la trattazione si concentra sui tre codici civili precedenti alla fondazione della RPC, poiché questi tre codici civili hanno seguito la tradizione romanistica ed esercitato una grande influenza sulla legislazione e sulla dottrina cinese. Per quanto concerne i tre progetti del codice civile della RPC, essi non sono discussi nella presente tesi, in quanto i progetti del 1954 e del 1964, abortiti in breve tempo a causa dei mutamenti politici, hanno esercitato poca influenza sulla legislazione e la dottrina; inoltre, la maggiore parte del progetto del 1982 era somigliante alla legge sui *Principi Generali di Diritto Civile* del 1986, che sarà analizzata nel seguente capitolo.

precedente.

Nei casi previsti dai due commi precedenti, i preponenti hanno regresso contro i loro dipendenti.

Art. 953:

Il committente non è tenuto a risarcire il danno ad altro cagionato dall'appaltatore nell'esercizio delle incombenze, tranne il caso in cui il committente abbia colpa nella commissione o nella dirigenza.

B. Il progetto del codice civile della Repubblica di Cina (governo centrale di Pechino)

Art. 251:

Chi è tenuto per legge o per contratto a esercitare la sorveglianza su una persona, che per minore età o per il suo stato mentale o fisico abbisogna di vigilanza, è tenuto a risarcire il danno che questa persona arreca ingiustamente a un terzo. L'obbligo di risarcimento non ha luogo se egli abbia adempiuto il dovere di sorveglianza, o se il danno sarebbe sorto anche se la sorveglianza fosse stata esercitata nel debito modo.

Art. 252:

Il preponente o la persona che al posto di questi svolge funzioni del preponente in base al contratto, sono tenuti a risarcire qualsiasi danno che il preposto causa illegalmente a terzi nello svolgimento del suo lavoro. L'obbligo di risarcimento non si pone nel caso in cui il preponente abbia impiegato la necessaria scrupolosità nella selezione del dipendente, e abbia posto la giusta attenzione nell'esercizio della vigilanza, o anche se il danno sarebbe stato inevitabile nonostante l'esercizio di tali cure.

Art. 253:

Nei due articoli precedenti si stabiliscono responsabili del risarcimento per il danno, ma quando il colpevole è anch'egli responsabile, il rapporto intercorrente tra loro e questi si risolve con sola responsabilità degli autori del fatto.

Art. 254:

Il committente non è tenuto a risarcire il danno ad altro cagionato dall'appaltatore nell'esercizio delle incombenze, tranne il caso in cui il committente abbia colpa nella commissione o nella dirigenza.

C. Il Codice civile della Repubblica di Cina (governo centrale di Nanchino)

Art. 187:

La persona incapace o con capacità limitata, che ha cagionato ingiustamente un danno a terzo, se al tempo del fatto dannoso godeva della capacità di intendere e di volere, è tenuta a risarcire il danno in solido con il suo sorvegliante. Nel caso in cui al tempo del fatto dannoso non avesse capacità di intendere o di volere, il sorvegliante deve assumere la responsabilità da solo.

L'obbligo di risarcimento del sorvegliante non ha luogo se egli abbia adempiuto il dovere di sorveglianza, o se il danno sarebbe sorto anche se la sorveglianza fosse stata esercitata nel debito modo.

Nel caso in cui non sia possibile ottenere il risarcimento del danno secondo i due commi precedenti, la corte, su richiesta del danneggiato e in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno al risarcimento intero o parziale.

Le disposizioni precedenti sono anche applicate ai casi in cui il danno è cagionato da soggetti che perdono la capacità di intendere e di volere nel tempo del compimento del fatto dannoso.

Art. 188:

Nel caso in cui il preposto ha cagionato illegalmente un danno a terzi nello svolgimento del suo lavoro, il preponente e l'autore del fatto sono tenuti a risarcire il danno in solido. L'obbligo di risarcimento del preponente non si pone nel caso in cui egli abbia impiegato la necessaria attenzione nella selezione del dipendente e nella supervisione di questi durante lo svolgimento dei suoi incarichi, o anche se il danno sarebbe stato inevitabile nonostante l'esercizio di tali cure.

Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento secondo il comma precedente, la corte, su richiesta di questi e in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare il preponente al risarcimento intero o parziale.

I preponenti che risarciscono il danno hanno regresso contro gli autori del fatto.

Art. 189:

Il committente non è tenuto a risarcire il danno ad altro cagionato dall'appaltatore nell'esercizio delle incombenze, tranne il caso in cui il committente abbia colpa nella commissione o nella dirigenza.

3. Analisi sintetica della responsabilità per fatto altrui nei vecchi codici civili cinesi

A. Premessa

Ad eccezione di lievi varianti linguistiche e alcune modifiche sostanziali,²³⁹ gli articoli della responsabilità per fatto altrui nei vecchi codici cinesi non sono che la copia degli articoli 831 e 832 del BGB. La dottrina cinese d'allora, in relazione alla

²³⁹ Per esempio, allo scopo della tutela dell'interesse delle vittime, è aggiunta la responsabilità solidale dei responsabili e gli autori del fatto nel Codice civile della Repubblica di Cina, invece, nel BGB non esiste tale disposizione.

responsabilità per fatto altrui, aveva anche accolto la tradizione romanistica, in particolare la dottrina tedesca.²⁴⁰ Inoltre, il Codice civile della Repubblica di Cina ancora vige nella provincia di Taiwan, quindi, la tradizione romanistica è anche continua in Taiwan.

Dal punto di vista del sistema della responsabilità extracontrattuale, anche i codici civili cinesi, come il Codice civile tedesco, seguivano il modello comune derivato dal diritto romano, cioè quello secondo cui la responsabilità per fatto altrui, con riferimento ai casi in cui esiste un rapporto speciale tra il responsabile e l'autore del fatto, si configura come un'eccezione del principio generale della colpa in base a ragioni particolari finalizzate alla tutela delle vittime.

Dal punto di vista delle regole concrete, i codici civili cinesi adottavano la struttura del BGB secondo la quale le fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui sono previste in due articoli distinti, a differenza del Codice Napoleone e del Codice civile italiano del 1865, nei quali tutte le fattispecie sono unificate in un articolo unico. Dunque, salvo qualche trattazione di studiosi cinesi formati in Francia,²⁴¹ nella dottrina cinese d'allora mancavano delle trattazioni generali riguardo alla responsabilità per fatto altrui, e ci si concentrava sulle fattispecie tipiche, ossia sui casi di responsabilità dei preponenti e dei sorveglianti.²⁴²

B. La responsabilità dei sorveglianti

Nella responsabilità dei sorveglianti, era accolta la dottrina tedesca, cioè, il rapporto tra il responsabile e l'autore del fatto fosse quello di sorveglianza in senso lato,

²⁴⁰ Durante i 30 anni dopo la pubblicazione del Progetto del codice civile della Dinastia Qing, la ricerca giuridica scarseggia a causa delle guerre continue, fino alla fondazione del governo di Nanchino della Repubblica di Cina; fioriva allora la ricerca giuridica grazie al sostegno del governo.

²⁴¹ Cfr. Mei Zhongxie, *I principi fondamentali del diritto civile* (ristampa), Pechino, 1998, 192. In questo libro, oltre ad espressioni speciali, è stata ricordata anche l'espressione più generale come *duì yú dì sān rén qīn quán zé rén*.

²⁴² Shi Shangkuan, *La trattazione generale dell'obbligazione* (ristampa), Pechino, 2000, 181 ss; Hu Changqing, *La trattazione generale dell'obbligazioni del diritto civile cinese* (ristampa), Taipei, 1956, 109 ss; ecc. Poi, nella dottrina di Taiwan, cfr. Wang Zejian, *I principi generali del diritto civile* (ristampa), Pechino, 2002, 322 ss; Huang Li, *La trattazione generale dell'obbligazione del diritto civile* (ristampa), Pechino, 2002, 297 ss; ecc.

secondo il quale il sorvegliante deve assumere il dovere di vigilare, controllare ed educare il soggetto sorvegliato. Nel rapporto di sorveglianza sono inclusi i rapporti tra i genitori ed i minori sia capaci sia incapaci, tra le scuole e gli allievi, tra i manicomi e gli infermi di mente, ecc. Sulla base di tale rapporto in senso lato, quindi, gli autori del fatto includono i minori e gli incapaci psichici, mentre i responsabili sono i sorveglianti secondo le leggi (ad esempio, i genitori) e quelli secondo i contratti (ad esempio, i baby-sitter, le scuole, i manicomi, ecc.).

Riguardo al fondamento della responsabilità, secondo la dottrina dominante d'allora, esso risiedeva nella colpa del sorvegliante causata dal difetto di sorveglianza. Come nel Codice civile tedesco, anche la presunzione è introdotta nella responsabilità, quindi il responsabile può esimersi dalla responsabilità attraverso la prova dell'adempimento diligente del dovere di vigilanza o dell'impossibilità di evitare il fatto dannoso.²⁴³

Del resto, nel Codice civile della Repubblica di Cina, a confronto con il BGB, è prevista una norma particolare per quanto concerne l'assunzione della responsabilità, cioè che l'autore del fatto senza capacità d'intendere o di volere non è tenuto a responsabilità, alla quale è invece tenuto il suo sorvegliante. Invece, quando l'autore del fatto ha capacità d'intendere e di volere, l'autore e il suo sorvegliante sono obbligati in solido alla responsabilità. Tale disposizione, secondo l'opinione degli studiosi, consultando l'art. 188 del Codice civile della Thailandia, è dedicata alla tutela dell'interesse del danneggiato.²⁴⁴

C. La responsabilità dei preponenti

Nella responsabilità dei preponenti, sia nell'elemento riguardante i responsabili e gli autori del fatto, sia nell'elemento del fondamento della responsabilità, tutte le

²⁴³ Mei Zhongxie, *I principi fondamentali del diritto civile* (ristampa), cit., 192-194; Shi Shangkuan, *La trattazione generale dell'obbligazione* (ristampa), cit., 181-183; Huang Li, *La trattazione generale dell'obbligazione del diritto civile* (ristampa), cit., 299 s; ecc.

²⁴⁴ Shi Shangkuan, *La trattazione generale dell'obbligazione* (ristampa), cit., 184.

formulazioni dei vecchi codici cinesi sono simili a quelle nel diritto tedesco. Riguardo ai soggetti, il presupposto è il rapporto di preposizione, quindi, i responsabili, ossia i preponenti, sono i soggetti che hanno il potere di direzione e di vigilanza e si appropriano dei risultati del lavoro altrui, mentre gli autori del fatto, ovvero i preposti, sono i soggetti che lavorano per i preponenti sotto la loro direzione e vigilanza.

È necessario notare che nel Codice civile della Repubblica di Cina compaiono le espressioni per ‘i preponenti’ e ‘i preposti’, chiamate rispettivamente ‘*gùyòng rén*’ e ‘*shòugù rén*’. Secondo una traduzione letterale dal cinese, queste espressioni implicano che tra i soggetti esista un rapporto di lavoro salariato. Però, l’opinione dominante, con un’interpretazione molto estesa, ritiene che il rapporto dell’art. 188 si focalizza sul potere di direzione e vigilanza del responsabile, mentre non sono necessarie altre condizioni, per esempio il salario, il contratto di impiego, ecc.²⁴⁵

La dottrina cinese sull’interpretazione del fondamento della responsabilità, accogliendo la dottrina tedesca, riteneva che la responsabilità dei preponenti fosse quella per colpa presunta, in quanto i preponenti devono assumerla in base alla *culpa in eligendo* o *in vigilando*, quindi essi possono esimersi dalla responsabilità attraverso la prova di aver adempiuto il dovere di corretta selezione dei dipendenti, di aver vigilato in modo diligente o di essere stati impossibilitati ad evitare il fatto dannoso. Ma l’accoglimento di questa visione proveniente dalla dottrina tedesca, che non teneva in considerazione il cambiamento della società, fu criticata da molti studiosi. Oggi, la dottrina in Taiwan ritiene invece che la teoria della *culpa in eligendo* non sia più giustificata per interpretare il fondamento della responsabilità dei preponenti nella società moderna. Quindi, è meglio adottare un criterio oggettivo per questa responsabilità. Secondo la nuova interpretazione, nella responsabilità dei preponenti, a differenza della responsabilità dei sorveglianti, il fatto del preposto deve essere compiuto con la colpa propria, in quanto egli ha la capacità di intendere e di volere. Ma la responsabilità del risarcimento del danno della vittima cade sul preponente in

²⁴⁵ Wang Zejian, *La dottrina del diritto civile e la ricerca della giurisprudenza* (I), Pechino, 2003, 18.

base alla teoria del rischio dell'attività, secondo la quale si tiene conto dei danni verificatisi nell'ambito economico, della cui gestione o del cui godimento essi sono titolari.²⁴⁶

²⁴⁶ Wang Zejian, *La dottrina del diritto civile e la ricerca della giurisprudenza*, cit, 1-44.

**CAPITOLO VIII Le responsabilità per fatto altrui nella Legge sui
Principi generali di Diritto Civile della RPC e nelle interpretazioni
giurisdizionali della Corte suprema**

1. Gli articoli relativi

A. I Principi Generali di Diritto Civile della RPC

Art. 133:

Nel caso in cui una persona senza capacità di agire o con capacità limitata di agire abbia cagionato un danno ad altri, il sorvegliante è tenuto alla responsabilità extracontrattuale. Nel caso in cui il sorvegliante abbia adempiuto il dovere di sorveglianza, la responsabilità extracontrattuale può essere ridotta adeguatamente.

Nel caso in cui una persona senza capacità di agire o con capacità limitata di agire dotata di patrimonio abbia cagionato un danno ad altri, il risarcimento può essere pagato con il patrimonio di questi. La parte restante deve essere pagata adeguatamente dal sorvegliante, a meno che il sorvegliante non sia un ente.

B. L'interpretazione giurisprudenziale della Corte suprema del 2003

Art. 7, 1 comma:

Le scuole, gli asili o altri organi educativi, che sono tenuti a esercitare il dovere dell'educazione, della vigilanza e della tutela su minori a misura della colpa, devono assumere la responsabilità del risarcimento del danno ad altri cagionato dai minori o del danno dei minori cagionato da altri.

Art. 8, 1 comma:

Le persone giuridiche o altri enti, secondo l'art. 121 dei Principi Generali di

Diritto Civile, devono assumere la responsabilità civile di danno cagionato dai loro rappresentanti giuridici, direttori o lavoratori nell'esercizio dell'ufficio. Nel caso in cui il fatto dannoso non sia relativo alle incombenze, la responsabilità è dovuta agli autori del fatto.

Art. 9:

I datori di lavoro devono assumere la responsabilità del danno cagionato dai loro dipendenti nell'esercizio delle incombenze ad essi affidate. I dipendenti, in caso di dolo o di colpa grave, devono essere tenuti alla responsabilità solidale con i datori di lavoro. I datori di lavoro hanno il regresso contro i dipendenti dopo il pagamento al danneggiato.

“L'esercizio delle incombenze affidate” nel comma precedente è limitato all'ambito dell'autorizzazione e direzione dei datori di lavoro. Se l'apparenza dell'attività dei dipendenti dimostra l'esercizio delle incombenze affidate o l'attività ha il nesso interno con le incombenze affidate, sebbene l'attività dei dipendenti oltrepassi il confine dell'autorizzazione, è confermato “l'esercizio delle incombenze affidate”.

Art. 10:

Il committente non è tenuto a risarcire il danno ad altri cagionato dall'appaltatore nell'esercizio delle incombenze, tranne che il committente ha la colpa di ordine o di direzione.

2. L'analisi della responsabilità per fatto altrui

A. Premessa

Dall'inizio degli anni '80 del secolo scorso, il governo centrale ricominciava il lavoro di legislazione e la ricerca giuridica, distrutti dalla Rivoluzione Culturale. Per

quanto concerne la legislazione civile, la legge sui *Principi Generali di Diritto Civile* è il principale risultato del lavoro d'allora. Questa legge, infatti, è la semplificazione del progetto del codice civile del 1982, che si basava sul Codice civile sovietico. Quindi, dal punto di vista della legislazione, la disposizione della responsabilità per fatto altrui è stata influenzata dal diritto sovietico.²⁴⁷ Mentre per quanto concerne la ricerca giuridica, la dottrina di Taiwan, che è proveniente dalla tradizione romanistica, in particolare dalla dottrina tedesca, ha esercitato una grande influenza sulla dottrina cinese, *in primis* poiché scritta nella stessa lingua. Dunque, si può affermare che la tradizione romanistica abbia trovato continuità anche nel campo della dottrina riguardo alla responsabilità per fatto altrui all'interno del diritto cinese.²⁴⁸

Nel campo della responsabilità per fatto altrui, le norme si sparpagliano nella legge e nell'interpretazione giurisprudenziale della Corte suprema, più precisamente, la responsabilità dei sorveglianti nell'art. 133 dei *Principi Generali di Diritto Civile* e nell'art. 7, 1 comma dell'*Interpretazione per quanto riguarda alcuni problemi per i casi di danno alla persona* del 2003; la responsabilità delle persone giuridiche, degli altri enti e dei datori di lavoro negli articoli 8, 9 e 10 dell'*Interpretazione* suddetta.

Dal punto di vista del sistema della responsabilità extracontrattuale, il modello romano già ricordato è seguito anche dal diritto attuale cinese, malgrado il fatto che sul piano sistematico non sia così maturo come quello di altri codici civili del sistema romanistico. Infatti, il principio generale della colpa è previsto nell'art. 106, 2 comma dei *Principi Generali di Diritto Civile*. A fianco del principio generale, la responsabilità per fatto altrui, come eccezione del principio della colpa, è prevista tramite gli articoli suddetti dei Principi Generali e dell'interpretazione relativa. Per quanto riguarda la struttura concreta, gli studiosi cinesi non si concentrano su uno studio unitario della responsabilità per fatto altrui. Preferiscono invece esaminare le fattispecie tipiche e le singole applicazioni della responsabilità, cioè le due fattispecie

²⁴⁷ Dal punto di vista del sistema giuridico, il diritto sovietico, in sostanza, è anche proveniente dal diritto romano.

²⁴⁸ He Qinhua, *La ricerca del sistema giuridico del socialismo*, Pechino, 2008, 358 ss.

principali: una è la responsabilità dei sorveglianti, l'altra la responsabilità dei preponenti.²⁴⁹

B. La responsabilità dei sorveglianti

a) I sorveglianti e i soggetti sorvegliati

Secondo l'art. 133 dei *Principi Generali di Diritto Civile*, nel caso in cui il danno ad altri è cagionato da una persona senza capacità di agire o con la capacità limitata di agire, la responsabilità civile è addossata al suo sorvegliante.

In questa fattispecie, gli autori del fatto sono persone senza capacità di agire o con la capacità limitata di agire. Secondo gli articoli 12 e 13 dei *Principi Generali di Diritto Civile*, le persone senza capacità di agire includono i minori sotto i dieci anni e gli infermi di mente non capaci di intendere o di volere; mentre le persone con capacità limitata sono i minori sopra i dieci anni e gli infermi di mente dotati solo di una capacità parziale di intendere e di volere. Invece, i soggetti responsabili sono i sorveglianti, ossia le persone che devono assumere il dovere di sorveglianza.

Nel caso del danno cagionato da un minore, secondo l'art. 16 dei *Principi Generali di Diritto Civile* e l'art. 14 dell'Interpretazione giurisprudenziale della Corte suprema del 1988 chiamata *I consigli su alcuni problemi per applicare i Principi Generali di Diritto Civile*, i sorveglianti, soprattutto, sono i genitori del minore, i quali sono tenuti a provvedere all'educazione e alla tutela dei figli alla luce dell'art. 23 della legge sul matrimonio.²⁵⁰ Nel caso in cui i genitori siano morti, dispersi o abbiano perso la

²⁴⁹ Cfr. Wang Liming, *La ricerca della responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 2004, 22 s; Wang Yuanzhi, *La responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 2008, 302 ss; Zhang Xinbao, *I principi della responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 2005, 16-18; Yang Lixin, *La responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 2005, 380 ss; Ma Junju, Yu Yanman, *I principi del diritto civile (II)*, Pechino, 1998, 1155 ss; ecc.

²⁵⁰ A confronto delle dottrine di altri paesi, nella dottrina cinese, scarseggiava delle trattazioni ampie per il contenuto della colpa di sorveglianza in quanto gli studiosi cinesi non ritengono che questo problema è meritevole d'attenzione nella struttura della responsabilità dei sorveglianti in base al criterio oggettivo. Inoltre, nel diritto cinese, non esiste l'istituto dell'emancipazione. Quindi, a differenza del diritto italiano, la responsabilità dei genitori per il fatto del figlio minore non ha il presupposto di non emancipati. Per di più, il diritto cinese concentra l'attenzione sul dovere di sorveglianza, dunque, non è necessaria la presenza della coabitazione. In altri termini, nella mancanza del presupposto della coabitazione, i sorveglianti devono tuttora assumere la responsabilità cagionato dai soggetti sorvegliati, perché il dovere di sorveglianza ancora cade sui sorveglianti. Cfr. Wang Liming,

capacità di sorveglianza, altri soggetti che sostituiscono i genitori nell'adempire il dovere di sorveglianza, potrebbero divenire i responsabili secondo l'ordine seguente: nonni, fratelli o sorelle maggiori, altri amici e congiunti intimi che hanno la volontà di assumere il dovere di sorveglianza e hanno ottenuto il permesso dall'ente dove i genitori hanno lavorato o dal quartiere o dal comitato di villaggio nel luogo di residenza del minore. Se non vi siano i soggetti suddetti, i sorveglianti potrebbero individuarsi o nell'ente dove lavoravano i genitori o nel quartiere, o ancora nel comitato di villaggio del luogo di residenza del minore, o nell'ufficio di amministrazione civile.

Nel caso del danno cagionato da un infermo di mente, secondo l'art. 17 dei *Principi Generali di Diritto Civile* e l'art. 14 dell'interpretazione del 1988 già citata, il dovere di sorveglianza cade soprattutto sul suo coniuge, che deve prendere dei provvedimenti adeguati per evitare il danno causato a terzo dall'infermo di mente. Poi, i soggetti che sostituiscono il coniuge per adempiere al dovere di sorveglianza, potrebbero essere i responsabili secondo l'ordine seguente: i genitori, i figli adulti, altri congiunti prossimi, per esempio, fratelli o sorelle maggiori, i nonni, i nipoti adulti. Peraltro, altri amici o congiunti intimi che abbiano la volontà di assumere il dovere di sorveglianza, potrebbero divenire i sorveglianti nel caso in cui abbiano ottenuto il permesso dall'ente dove l'infermo di mente ha lavorato o dal quartiere o dal comitato di villaggio del suo luogo di residenza. Ove non esistano i soggetti suddetti, i sorveglianti potrebbero essere l'ente o il quartiere, il comitato di villaggio, o l'ufficio di amministrazione civile.

Oltre ai sorveglianti legali, i responsabili potrebbero essere dei soggetti che assumono il dovere di sorveglianza secondo un contratto di affidamento. Infatti, nell'art. 23 dell'interpretazione del 1988, la Corte suprema indica che i sorveglianti legali possono affidare interamente o parzialmente il dovere di sorveglianza ad altri. Però, la responsabilità del danno cagionato dal fatto del soggetto sorvegliato è ancora

La ricerca della responsabilità extracontrattuale, cit., 23 ss; Zhang Xinbao, *I principi della responsabilità extracontrattuale*, cit., 16 ss; Yang Lixin, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., 380 ss; ecc.

dovuta al suo sorvegliante legale tranne se diversamente stabilito dallo stesso contratto.

Del resto, nell'interpretazione giurisprudenziale del 2003, chiamata *Interpretazione per quanto riguarda alcuni problemi per i casi di danno alla persona*, la Corte suprema sottolinea in modo particolare che le scuole, gli asili ed altri organi educativi sono i responsabili del risarcimento del danno a terzi cagionato dai minori.

Tuttavia, esiste una polemica tra gli studiosi cinesi sull'appartenenza degli organi educativi all'ambito dei sorveglianti dell'art. 133 dei Principi Generali. Alcuni insistono che le scuole e altri organi educativi siano i sorveglianti, ai quali sono affidati i figli dai genitori, ecc., quindi, questi soggetti sarebbero i sorveglianti dell'art. 133.²⁵¹ Al contrario, altri studiosi ritengono che l'ambito dei sorveglianti previsti dall'art. 133 nei *Principi Generali di Diritto Civile* debba essere interpretato in modo tassativo, e che non possa pertanto essere esteso ad includere le scuole ed altri organi educativi, ma solo i sorveglianti legali previsti dagli articoli 16 e 17 dei *Principi Generali di Diritto Civile*. Inoltre, le scuole cinesi sono in maggioranza pubbliche, e non esistono i contratti di affidamento tra i sorveglianti e le scuole, quindi le scuole non sono sorveglianti affidatari secondo il contratto. Infine, il rapporto tra le scuole e gli allievi deve essere distinto da quello tra i sorveglianti ed i minori, poiché il primo rapporto non è quello di sorveglianza come per i genitori e loro figli, ma è quello di educazione, vigilanza e protezione.²⁵² La Corte suprema ha accettato l'ultima opinione, dunque, nella giurisprudenza cinese, le scuole ed altri organi educativi sono responsabili esterni all'ambito dei responsabili nell'art. 133 dei *Principi Generali di Diritto Civile*.²⁵³

²⁵¹ Zhang Junhao, *I principi fondamentali del diritto civile*, Pechino, 1997, 118; Wang Liming, *Diritto civile-la responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 1993, 504; Cao Shiquan, *La ricerca sul sistema della sorveglianza per i minori*, Pechino, 2004, 332; Yin Fei, *I progetti del codice civile cinese e i ragioni legislative—la parte dei fatti illeciti* (a cura di Wang Liming), Pechino, 2005, 173; Ma Yuan, *Istituzioni del diritto civile cinese*, Pechino, 1989, 324-325;

²⁵² Zhang Xinbao, *I principi fondamentali della responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 2005, 314-317.

²⁵³ Sezione civile della Corte suprema, *La spiegazione e l'applicazione dell'interpretazione giurisprudenziale di*

Le scuole ed altri organi educativi, a mio avviso, possono giustamente essere considerati come i sorveglianti affidatari. Poiché nella responsabilità per il fatto dei minori, è importante controllare i minori per evitare il fatto dannoso degli stessi e tutelare l'interesse del danneggiato. Quest'obiettivo è uguale per tutti i soggetti che devono rispondere di minori. Dunque, non c'è motivo di distinguere le scuole ed altri organi educativi dagli altri sorveglianti. Peraltro, quando i minori frequentano le scuole, l'affidamento, in sostanza, è il contratto tra gli organi educativi ed i genitori, ecc. Insomma, nel diritto cinese, si è abbandonata la disposizione speciale in vigore per le scuole e altri organi educativi e si interpretano ormai i soggetti responsabili dell'art. 133 dei Principi Generali in senso lato, secondo il concetto tedesco della sorveglianza.

b) Secondo la dottrina cinese dominante, i sorveglianti, basandosi sulla posizione della garanzia del risarcimento del danno delle vittime, devono assumere la responsabilità del danno cagionato dalle persone sorvegliate.

In ordine al fondamento secondo il quale i sorveglianti devono assumere la responsabilità del danno cagionato dai soggetti sorvegliati, ritengo che sia necessario premettere un cenno sulle numerose teorie che sono state accettate dalla giurisprudenza e dalla dottrina in Cina. Esistono due teorie più diffuse nella dottrina cinese: una è la teoria della *culpa in vigilando*, l'altra la teoria della garanzia.

Secondo la teoria della colpa, i sorveglianti sono tenuti alla responsabilità del danno cagionato dai sorvegliati, che si baserebbe sul comportamento omissivo dei sorveglianti configurati dalla norma come responsabili sotto il profilo della *culpa in vigilando*. Inoltre, in considerazione della tutela dell'interesse del danneggiato, si tratterebbe di una presunzione di colpa, secondo la quale la colpa del responsabile è presunta nel caso in cui il danno è cagionato dall'autore del fatto, mentre il sorvegliante potrebbe provare l'adempimento del dovere di sorveglianza per

alcuni problemi per i casi di danno alla persona, Pechino, 2004, 131.

diminuire la responsabilità.²⁵⁴

Secondo la teoria della garanzia, invece, rispetto ai minori, ecc., i sorveglianti, in generale, hanno l'obbligo al pagamento per il danno subito dalla vittima, quindi i sorveglianti sono i garanti dei sorvegliati per il risarcimento al danneggiato, quando i soggetti sorvegliati hanno cagionato il danno a terzo. Nella dottrina cinese, questa teoria della garanzia non è un vero e proprio criterio oggettivo, perché la responsabilità dei sorveglianti può essere diminuita in modo adeguato nel caso in cui essi abbiano adempiuto il dovere di sorveglianza. Vale a dire, i sorveglianti potrebbero diminuire la propria responsabilità provando l'assenza della propria colpa. Insomma, questa teoria della garanzia è un criterio semi-oggettivo in cui sono mescolate le considerazioni sia di garanzia sia di colpa.²⁵⁵

La teoria della garanzia è accolta dalla maggioranza degli studiosi e dalla giurisprudenza, considerato che nella società cinese è più importante soddisfare l'esigenza di tutelare l'interesse dei danneggiati ad ottenere il risarcimento.²⁵⁶ Quindi, nella responsabilità dei sorveglianti nel diritto cinese, sebbene esista la possibilità per il sorvegliante di diminuire la propria responsabilità attraverso la prova dell'assenza della colpa, cioè provando di aver adempiuto il dovere di sorveglianza, tale possibilità è da considerarsi solo una modifica della responsabilità oggettiva prevista dagli altri sistemi romanistici. Comunque, non si può considerare la responsabilità dei sorveglianti come una responsabilità per colpa.

Del resto, il rapporto fra la responsabilità dei soggetti sorvegliati e la responsabilità dei sorveglianti nell'art. 133, 2 comma, si basa sulla considerazione della garanzia. Nel caso in cui il danno ad altro sia cagionato da persona incapace o limitatamente

²⁵⁴ Zhang Minan, *La ricerca della responsabilità per colpa*, Pechino, 2002, 422-423; Ouyang Enqian, *L'analisi della ratio della responsabilità dei sorveglianti—il commentario delle disposizioni relative del progetto del codice civile*, in *Rivista della politica e la giurisprudenza*, 2004, VIII; Yang Lixin, *La responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 2005, 434.

²⁵⁵ Ma Junju, Yu Yanman, *I principi del diritto civile* (II), Pechino, 1998, 1158 s.

²⁵⁶ Wang Liming, *Il progetto del codice civili e le ragioni—la responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 2005, 165.

capace con il proprio patrimonio, il risarcimento può essere pagato con il suo stesso patrimonio. Se con il suo patrimonio riesce però a coprire solo parte del risarcimento, la parte restante deve essere pagata dal sorvegliante in modo adeguato al principio di equità.

È necessario notare che il fondamento della responsabilità dei sorveglianti affidatari è diverso da quello dei sorveglianti suddetti. Secondo l'art. 23 dell'interpretazione giurisprudenziale del 1988, i fondamenti secondo cui gli affidatari devono assumere la responsabilità del danno cagionato dai sorvegliati sono due: uno è il contratto, l'altro la colpa propria. Inoltre, nella spiegazione dell'art. 7 in base all'interpretazione giurisprudenziale del 2003, contemplare la responsabilità oggettiva per le scuole ed altri organi educativi sarebbe una visione troppo rigorosa. I suddetti soggetti devono, infatti, assumere la responsabilità per la colpa, salvo che da questi responsabili possa essere provata l'assenza di essa, in quanto le scuole sono in maggioranza pubbliche, dotate quindi di scarsi fondi, e pertanto oggettivamente mancanti della capacità di assumere la responsabilità.²⁵⁷

C. La responsabilità dei preponenti

a) I criteri dell'individuazione dei soggetti della responsabilità alla luce del diritto cinese devono essere abbandonati.

Riguardo ai soggetti che assumono la responsabilità dei preponenti, le disposizioni nel diritto cinese attuale sono diverse da quelle dei codici civili del sistema romanistico.

Nella legge sui *Principi Generali di Diritto Civile* del 1986, non si ritrova la disposizione speciale della responsabilità per il fatto dei preposti, mentre tale articolo esisteva nel progetto del codice civile del 1982. Le cause della cancellazione nella

²⁵⁷ Sezione civile della Corte suprema, *L'applicazione dell'Interpretazione giurisprudenziale del risarcimento di danno a persona*, cit., 130.

legge sono le seguenti: da un canto, la dottrina cinese d'allora riteneva che nella responsabilità dei preponenti fosse necessaria l'esistenza del rapporto di lavoro salariato; d'altro canto, la Cina attraversava la fase iniziale delle riforme, e il sistema economico cambiava lentamente dall'economia pianificata a quella di mercato, dove generalmente non è ammessa l'esistenza di tale rapporto. Quindi, il legislatore non prevedeva la responsabilità dei preponenti nella legge sui *Principi Generali di Diritto Civile*.²⁵⁸

In questo contesto, se fosse successo un caso speciale in cui il preposto avesse cagionato il danno altrui nell'esercizio delle incombenze, ci si sarebbe serviti solo di una norma ambigua in base all'interpretazione estensiva, cioè l'art. 43 dei *Principi Generali di Diritto Civile* che dice "la persona giuridica di impresa deve assumere la responsabilità civile per l'attività commerciale del suo rappresentante legale e dei suoi preposti".²⁵⁹

Per riempire la lacuna legislativa, nell'interpretazione giurisprudenziale del 1988 chiamata *I consigli su alcuni problemi per esercitare i Principi Generali di Diritto Civile*, la Corte suprema, per giudicare i casi della responsabilità di persona giuridica di impresa, prevede l'applicazione dell'art. 58 in modo analogo all'art. 43 suddetto, cioè la persona giuridica di impresa deve assumere la responsabilità civile nel caso in cui il danno altrui è cagionato da un suo rappresentante legale o da altri dipendenti nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti. Tuttavia, il soggetto responsabile di quest'articolo è limitato nella persona giuridica di impresa, non includendo altri tipi di persone giuridiche né datori di lavoro senza capacità di persona giuridica.

Seguendo lo sviluppo dell'economia di mercato e la conferma della posizione dell'economia non pubblica nel sistema cinese dell'economia, nell'interpretazione giurisprudenziale del 1992 che si chiama *I consigli su alcuni problemi per esercitare*

²⁵⁸ Zhang Xinbao, *I principi della responsabilità extracontrattuale*, cit., 81.

²⁵⁹ Zhang Xinbao, *I principi della responsabilità extracontrattuale*, cit., 83.

la legge della procedura civile, la Corte suprema, per giudicare i casi della responsabilità di danno cagionato dai dipendenti delle imprese private, prevede l'art. 45, secondo il quale le imprese commerciali private, i gestori di produzioni agricole, gli enti societari devono assumere la responsabilità del danno cagionato dai loro dipendenti nell'attività produttiva e commerciale. Quindi, l'ambito dei soggetti aventi responsabilità in quanto preponenti è esteso ad includere i tre tipi appena menzionati.

Per altro, è necessario notare che, dal punto di vista della lingua cinese, “gù zhǔ”, cioè l'espressione per il responsabile in questa interpretazione, è uguale a quella nell'art. 187 del Codice civile di Taiwan, ma i significati sostanziali sono diversi. Nel Codice civile di Taiwan, “gù zhǔ”, come già detto, significa “preponenti”, cioè tutti i soggetti che hanno il potere di direzione e di vigilanza e si appropriano dei risultati dell'attività altrui (preposto), senza differenza tra il rapporto di lavoro salariato e il rapporto di lavoro gratuito. Nell'articolo dell'interpretazione giurisprudenziale del 1992, invece, con l'espressione “gù zhǔ”, in senso stretto, si intendono i soggetti che si appropriano dei risultati del lavoro altrui sulla base del rapporto di lavoro salariato, limitati solo ai tre tipi di soggetto più sopra ricordati (imprese commerciali private, gestori di produzioni agricole, enti societari).

Fino al dicembre del 2003, in base alle precedenti interpretazioni, nell'interpretazione giurisprudenziale denominata *Interpretazione per quanto riguarda alcuni problemi per i casi di danno alla persona*, la Corte suprema prevedeva la responsabilità per il fatto del preposto per intero. Questa responsabilità è prevista nei due articoli, 8 e 9 di questa interpretazione.

Nell'art. 8, è prevista la responsabilità delle persone giuridiche o di altri enti. Secondo la spiegazione dettagliata della Corte suprema su questo articolo,²⁶⁰ i soggetti responsabili includono le associazioni politiche e gli enti della persona giuridica, ad es. l'organo dello stato, gli enti di impresa e di interesse sociale, le

²⁶⁰ Sezione civile della Corte suprema, *L'applicazione dell'Interpretazione giurisprudenziale del risarcimento di danno a persona*, cit., 148 ss.

associazioni, i partiti, ecc., ed altri enti economici o sociali senza capacità di persona giuridica. Questi soggetti sono i responsabili del danno cagionato dai loro preposti nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.

Nell'art. 9, è prevista la responsabilità dei datori di lavoro. Il soggetto responsabile è il datore di lavoro legato ai propri dipendenti dal rapporto di lavoro salariato, includendo le imprese private, le imprese a capitale straniero, le imprese commerciali private, i gestori di produzioni agricole, le persone fisiche e altri soggetti che impiegano altri. Questi soggetti sono tenuti a risarcire il danno cagionato dai loro dipendenti nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.

Inoltre, la responsabilità dell'appaltatore è esclusa nell'art. 10 salvo che l'appaltatore non abbia colpa sulla direzione.

Secondo gli articoli suddetti, la particolarità della disposizione della responsabilità dei preponenti nell'interpretazione giurisprudenziale del 2003 risiede nella suddivisione della responsabilità in base alla differenziazione della natura della proprietà tra i soggetti.

Riguardo a questa divisione particolare, la Corte suprema la spiega così: nei paesi occidentali, il lavoro salariato è la base del sistema di lavoro in cui le posizioni dei soggetti sono tutte uguali, quindi, nei codici civili borghesi, i casi riguardo a soggetti diversi sono tutti unificati nella responsabilità dei preponenti. Invece, nella fase attuale della società cinese, la proprietà pubblica costituisce l'elemento principale del sistema economico; di conseguenza, formalmente i lavoratori non risultano essere impiegati, figurando bensì come principali di se stessi. L'istituzione di lavoro salariato si applica solo ad alcuni soggetti, ad esempio l'impresa privata, l'impresa a capitale straniero, le imprese commerciali individuali, i gestori di produzioni agricole, la persona fisica e altri soggetti che impiegano altri in base al lavoro salariato. Quindi, per quanto riguarda la responsabilità dei preponenti è necessario distinguere le due suddette tipologie di rapporto intercorrente tra i responsabili e gli autori del fatto

dannoso.²⁶¹

Quest'opinione, a mio avviso, è poco condivisibile. Prima di tutto, la costruzione di questa responsabilità si basa sulla consultazione dell'esperienza occidentale. Però, secondo gli studiosi cinesi, nei codici civili occidentali il rapporto di preposizione tra i responsabili e gli autori del fatto è considerato soltanto come il rapporto di lavoro salariato.²⁶² A causa di una conoscenza parziale, quindi, si genera una divisione irragionevole nella legge cinese. Infatti, il rapporto di preposizione nei codici civili del sistema romanistico si concentra nella subordinazione tra il responsabile e l'autore del fatto. Il problema, per quanto concerne se il lavoro sia o meno salariato, non sussiste. Da questo punto di vista, non c'è bisogno di suddividere la responsabilità dei preponenti.

Inoltre, nell'applicazione degli articoli si presenta grande difficoltà dovuta alla divisione delle responsabilità suddette in quanto è difficile di distinguere la responsabilità delle persone giuridiche o degli altri enti dalla responsabilità dei datori di lavoro. In realtà, seguendo la riforma del sistema economico, in Cina non è più chiaro il confine tra i diversi soggetti secondo la natura di proprietà. In questo contesto, se il dipendente di un'impresa pubblica mescolata a capitale privato ha cagionato un danno a terzo nell'esercizio di lavoro, quale responsabilità deve essere assunta dal responsabile? Per di più, negli organi del governo, oltre ai dipendenti ufficiali, ci sono anche le persone che sono impiegate attraverso un contratto di impiego: per questi soggetti, quale responsabilità potrebbe essere applicata? Tutti questi problemi irrilevanti derivano dalla divisione interpretativa di cui sopra.

Insomma, la divisione della responsabilità dei preponenti, nel diritto cinese attuale, è un prodotto del passaggio dal sistema di economia pianificata al libero mercato. Nella Cina contemporanea, la divisione, secondo la differenza della natura di

²⁶¹ Sezione civile della Corte suprema, *L'applicazione dell'Interpretazione giurisprudenziale del risarcimento di danno a persona*, cit., 150-151.

²⁶² Yang Lixin, *Lo studio della responsabilità extracontrattuale*, Jilin, 2000, 392; Zhang Xinbao, *I principi fondamentali della responsabilità extracontrattuale*, cit., 295; ecc.

proprietà dei soggetti, non è più necessaria né ragionevole dopo lo stabilimento del sistema dell'economia del mercato. Inoltre, tra la responsabilità delle persone giuridiche o degli altri enti e la responsabilità del datore di lavoro, non c'è nessuna differenza per gli elementi costitutivi e del risarcimento, oltre la distinzione irrilevante tra la natura di proprietà privata o pubblica. Quindi, secondo l'opinione degli studiosi cinesi, nella legislazione futura, è meglio unificare le diverse fattispecie della responsabilità dei preponenti.²⁶³

b) Il fondamento della responsabilità

Secondo la dottrina dominante in Cina e la giurisprudenza cinese, entrambe conformi a quelle di altri paesi, la responsabilità dei preponenti è quella oggettiva.²⁶⁴ Quindi, i preponenti devono assumere la responsabilità di danno cagionato dai preposti in base a criteri oggettivi.

Per di più, secondo l'opinione della stragrande maggioranza degli studiosi cinesi, il fondamento della responsabilità può essere interpretato sulla base della teoria del rischio dell'attività, nel senso che il preponente risponde dei danni verificatisi nell'ambito di una sfera economica della cui gestione o del cui godimento egli è titolare.²⁶⁵

²⁶³ Yin Fei, *La discussione dei problemi del risarcimento di danno alla persona*, in *La Corte di popolo*, Pechino, 2003.

²⁶⁴ Guo Mingrui, *La responsabilità civile*, 267; Wang Liming, *Il diritto civile-la responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 491; Liu Xinwen, *Il commentario della ricerca delle dottrine per il diritto civile*, Pechino, 1996, 657; ecc.

²⁶⁵ Yin Fei, *I progetto del codice civile cinese e i ragioni legislative—la parte dei fatti illeciti* (a cura di Wang Liming), cit., 127 ss.

CAPITOLO IX Le responsabilità per fatto altrui nella Legge sulla responsabilità extracontrattuale

1. Premessa

A. Gli articoli

Nella Legge sulla responsabilità extracontrattuale, ci sono tre articoli concernenti la responsabilità per fatto altrui, ossia gli articoli 32, 34 e 35, che sono collocati nel capitolo intitolato “disposizioni speciali per i soggetti responsabili”. Si vedano gli articoli:

Art. 32:

Nel caso in cui una persona senza capacità di agire o con capacità limitata di agire abbia cagionato un danno a terzo, il sorvegliante è tenuto alla responsabilità extracontrattuale. Nel caso in cui il sorvegliante abbia adempiuto il dovere di sorveglianza, la responsabilità extracontrattuale può essere ridotta.

Nel caso in cui una persona senza capacità di agire o con capacità limitata di agire dotata di patrimonio abbia cagionato un danno a terzo, il risarcimento può essere pagato con il patrimonio di questi. La parte restante deve essere pagata dal sorvegliante.

Art. 34:

Nel caso in cui i dipendenti degli enti che impiegano persone abbiano cagionato un danno a terzo nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti, gli enti che impiegano persone devono assumere la responsabilità extracontrattuale.

Nel caso in cui il danno è cagionato dal dipendente nell'esecuzione di opere per un altro ente, quest'ultimo è tenuto alla responsabilità extracontrattuale. Se l'ente di

provenienza del dipendente ha colpa, esso deve assumere la corrispondente responsabilità supplementare.

Art. 35

Nel caso in cui tra persone fisiche esista un rapporto di lavoro dipendente, se la parte che presta servizio ha cagionato il danno a causa del lavoro, la parte che riceve il servizio deve assumere la responsabilità extracontrattuale. Se la parte che compie il lavoro ha subito un danno a causa del lavoro, le parti sono tenute alle corrispondenti responsabilità sulla base delle rispettive colpe.

B. Il confronto con gli articoli nei *Principi Generali di Diritto Civile*

Per quanto concerne l'articolo sulla responsabilità dei sorveglianti, l'art. 32 costituisce una sostanziale riproposizione dell'art. 133 dei *Principi Generali di Diritto Civile*, salvo l'eliminazione della disposizione di responsabilità supplementare per gli enti con funzione di sorveglianti.

Però, dal punto di vista del rapporto tra gli articoli, possiamo accorgerci di una modifica importante. Infatti, dalla fattispecie della responsabilità prevista dall'art. 133 dei Principi Generali, come si è visto più sopra, è esclusa la responsabilità delle scuole e degli altri organi educativi, in base alla dottrina adottata dalla Corte suprema: come si è visto, i doveri delle scuole e di altri organi educativi sono diversi da quelli dei sorveglianti. Di conseguenza, nell'art. 7 dell'interpretazione giurisprudenziale del 2003, è prevista specialmente la responsabilità delle scuole e degli altri organi educativi. Però, negli articoli 38, 39 e 40 della nuova legge, provenienti dall'art. 7 ricordato, è cancellata la disposizione relativa al caso in cui il danno di terzo è cagionato dal fatto dei minori, e rimane solo la disposizione concernenti il caso in cui il minore ha subito il danno da altro. Dunque, la norma, riguardo al caso in cui il danno a terzo è cagionato dal fatto dei minori, è inclusa nell'ambito dell'art. 32 della nuova legge. Da ciò, appare come il legislatore abbia accolto un'altra opinione

secondo la quale le scuole e gli altri organi educativi devono essere incluse nell'ambito dei soggetti responsabili in questo tipo di fattispecie. Quindi, nelle fattispecie della responsabilità previste nell'art. 32, sono incluse sia la responsabilità dei sorveglianti prevista dall'art. 133 dei Principi Generali che la responsabilità delle scuole e di altri organi educativi prevista dall'art. 7 dell'interpretazione del 2003.

Per quanto concerne la responsabilità dei preponenti, essa è prevista negli articoli 34 e 35 della nuova legge. Rispetto al diritto cinese attuale, si può affermare che questi articoli rappresentino una grande innovazione, non solo perché hanno riempito la lacuna presente nei Principi Generali del 1986, ma anche perché la nuova legge ha abbandonato l'inutile distinzione dei responsabili in base ai diversi tipi di sistemi di proprietà ricordati, invece la responsabilità dei preponenti è prevista in modo unico tramite la combinazione degli articoli 8 e 9 dell'interpretazione del 2003. Di conseguenza, tutti i tipi di preponente sono posti su uno stesso piano nel campo della responsabilità per fatto altrui.

C. Il rapporto tra gli articoli citati e altri articoli nello stesso capitolo

Anche nel capitolo V della nuova legge, esistono gli articoli 37, 2 comma e 40,²⁶⁶ i quali, insieme agli articoli 37, 1 comma, 38 e 39, si riferiscono prevalentemente alla sicurezza in luoghi definiti, secondo cui i gestori di ristorante, albergo, banca, scuola, ecc., o gli organizzatori di attività collettive, sono tenuti a risarcire il danno dei clienti, allievi, ecc., nel caso che non abbiano preso le misure appropriate per garantire la sicurezza dei luoghi suddetti.

Infatti, nel diritto romano, già esiste questo tipo di fattispecie. Secondo il D.4,9,6,3

²⁶⁶ L'art. 37, 2 comma: Nel caso in cui il danno è causato dal fatto di un terzo, il terzo deve assumere la responsabilità extracontrattuale. Se i gestori o gli organizzatori non hanno adempiuto al dovere di garantire la sicurezza, essi devono assumere le responsabilità sussidiarie. L'art. 40: Se i soggetti senza capacità di agire, o con capacità limitata di agire, nel periodo in cui studiano o vivono in asili, scuole o altre strutture educative, subiscono danni dalle persone che non sono impiegati dell'asilo, della scuola o di altre strutture educative, la responsabilità extracontrattuale ricade sull'autore del fatto. Se l'asilo, la scuola o altra struttura educativa non hanno adempiuto al dovere di garantire la sicurezza, essi devono assumere la relativa responsabilità sussidiaria.

di Paolo,²⁶⁷ i *caupones* rispondono non solo per i dipendenti ma anche per il fatto di altri ospiti che abitano nella locanda. Basandosi sulla fonte romana, questi due articoli estendono i *caupones* ad altri soggetti simili, per esempio, i gestori di ristorante, albergo, banca, scuola, ecc., o gli organizzatori di attività collettive, in sostanza prevedendo la responsabilità per il fatto di terzo, anche se i suddetti articoli prevedono, in effetti, responsabilità sussidiarie.

Dunque, grazie alla natura ampia e di larghe vedute della legge sulla responsabilità extracontrattuale, al di fuori delle fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui, ossia la responsabilità del sorvegliante nell'art. 32 e la responsabilità del preponente negli articoli 34 e 35, intervengono anche altri fondamenti della eventuale responsabilità per il fatto di terzo. Perciò, questi due articoli, proprio come gli articoli 32, 34 e 35, appartengono all'ambito della responsabilità per il fatto di terzo concepita in modo più allargato. Tuttavia, a differenza delle fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui, i responsabili degli articoli 37, 2 comma e 40, sono tenuti a risarcire il danno cagionato dal fatto dell'autore, non in forza del rapporto di preposizione, di potestà o di sorveglianza intercorrente tra di loro, bensì in conformità alla posizione che essi occupano per garantire la sicurezza di luoghi definiti o di attività collettive.

2. La discussione generale della responsabilità per fatto altrui nel diritto cinese

A. A giudicare dall'evoluzione della responsabilità per fatto altrui nel diritto cinese, il più importante elemento intervenuto nella sua redazione è l'aver ereditato le formulazioni del diritto romano e dei precedenti codici civili del sistema romanistico.

Come si è avuto modo di vedere in precedenza, il processo di evoluzione della responsabilità per fatto altrui è iniziato nel diritto romano per poi convogliare nei codici civili moderni, secondo una chiara linea di continuità. Inoltre, il cambiamento delle regole concrete, dovuto al lavoro dei giuristi nei secoli, è stato graduale. Rispetto

²⁶⁷ D.4,9,3,6: *In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt...*

al processo di evoluzione del diritto occidentale, però, lo sviluppo della dottrina riguardo alla responsabilità per fatto altrui nel diritto cinese appare straordinariamente veloce. Nel secolo scorso, a causa dei mutamenti politici, potremmo osservare tre evidenti punti di rottura nel processo di evoluzione:

La prima rottura ebbe luogo all'inizio del secolo scorso. Durante la riforma del diritto, il governo della Dinastia Qing ricalcava il Codice civile tedesco. Però, a causa del regime di urgenza, il legislatore non prestava più attenzione alla tradizione originale, né alle esigenze reali della società cinese d'allora. Per esempio, nella società cinese dell'inizio del secolo XX, la patria potestà non era meno forte di quella della società romana antica. Quindi, l'articolo relativo alla responsabilità dei sorveglianti, che si basava sulla colpa in vigilanza, non era conforme al sistema della famiglia cinese d'allora. Comunque, questa rottura ha prodotto grandi effetti, abbandonando totalmente la tradizione cinese con l'introduzione del sistema romanistico, e in particolare il diritto tedesco, conseguentemente la legislazione e la teoria cinese, in generale, hanno continuato a seguire questa direzione di cambiamento.

La seconda rottura è avvenuta nel XX secolo, precisamente negli anni Cinquanta. Dopo la fondazione della Repubblica Popolare Cinese, il governo centrale dava l'ordine di abrogare tutte le vecchie leggi. Di conseguenza, erano distrutti tutti i prodotti di quasi mezzo secolo di legislazione e teoria giuridica. Il sistema tedesco, almeno nella legislazione, veniva dunque abbandonato. In seguito era introdotto in Cina il diritto sovietico. Anche l'influenza successiva di questa rottura, nel campo della responsabilità per fatto altrui, era piuttosto forte, in particolare in ambito legislativo: per esempio, nella fattispecie della responsabilità dei preponenti, i soggetti responsabili venivano distinti secondo i diversi tipi del sistema di proprietà, come consuetudine del diritto sovietico.

L'ultimo momento di rottura avveniva negli anni Ottanta del XX secolo. A causa della rivoluzione culturale, nuovamente venivano distrutti tutti i sistemi di

legislazione e scienza giuridica, inclusi quelli derivati dal diritto sovietico. Solo dopo la conclusione di questo movimento politico, il governo centrale decideva di ricostruire il sistema giuridico, e ricominciava il lavoro di legislazione e ricerca giuridica. Rispetto ai due precedenti periodi di crisi, questo momento di rottura non fu un vero e proprio cambiamento, quanto un ritorno alle tradizioni precedenti. Nel campo della responsabilità per fatto altrui, dal punto di vista della legislazione, ritornava il sistema sovietico, dai cui articoli il diritto cinese traeva delle formulazioni simili; dal punto di vista della ricerca giuridica, la tradizione romanistica, in particolare quella tedesca, tornava di nuovo in auge, perché in quel tempo, a causa della similarità della lingua di formulazione, la maggior parte della ricerca giuridica consultava il diritto di Taiwan e del Giappone, diritti chiaramente ispirati alla dottrina tedesca.

Secondo l'analisi suddetta, potremmo dire che, riguardo alla redazione della responsabilità per fatto altrui nel diritto cinese, il fattore più importante fu certamente la consultazione dei precedenti stranieri, in particolare del sistema romanistico, poiché noi, al contrario dei paesi occidentali, non avevamo le esperienze sufficienti sia nella legislazione sia nella ricerca giuridica per sviluppare autonomamente una legislazione in merito. Durante le riforme sociali avvenute nel secolo scorso, provavamo a cambiare il rapporto fondamentale e a guidare la richiesta sociale tramite l'imitazione delle esperienze dei paesi occidentali. Ancorché ci siano state alcune rotture nel processo di evoluzione del diritto cinese durante il secolo scorso, la tradizione romanistica ha trovato accoglienza nel diritto cinese. Anche nella nuova legge, la redazione della responsabilità per fatto altrui deve quindi proseguire questa tradizione.

B. Riflessioni sul diritto romano e sui codici civili del sistema romanistico: nella nuova legge sulla responsabilità extracontrattuale, la redazione della responsabilità per fatto altrui non è altro che il risultato del confronto tra i precedenti presenti nel diritto romano e nei codici civili del sistema romanistico.

a) L'accoglimento dei punti simili dei codici civili del sistema romanistico provenienti dal modello comune stabilito nel diritto romano

Riguardo alle somiglianze tra i codici civili del sistema romanistico sulla base del modello comune del diritto romano, come già detto in precedenza, la responsabilità per fatto altrui si riferisce a tre categorie di fattispecie: la prima è la responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci; la seconda è la responsabilità dei genitori, ecc., per il fatto dei minori; la terza è la responsabilità dei preponenti per il fatto dei preposti. Nel sistema della responsabilità extracontrattuale, queste fattispecie della responsabilità, basandosi sui rapporti intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto, svolgono il ruolo di eccezione in deroga al principio generale della colpa, allo scopo di tutelare la vittima.

Nel campo della responsabilità per fatto altrui del diritto cinese, l'impostazione sistematica unificante e le partizioni che vengono svolte all'interno di essa sono conformi allo spirito sistematico del diritto romano. Come si è visto, nella Legge sui *Principi Generali di Diritto Civile*, l'art. 106, 2 comma prevede il principio generale della colpa; a fianco del principio generale, nell'art. 133 è prevista la responsabilità dei sorveglianti per il fatto dei minori e degli infermi di mente. In base al sistema costruito dai Principi Generali, poi, nell'interpretazione giurisprudenziale del 2003, gli articoli 7, 8 e 9 prevedono le fattispecie della responsabilità per fatto altrui, cioè la responsabilità delle scuole, gli asili e altri organi educativi per il fatto dei minori, la responsabilità delle persone giuridiche o degli altri enti per il fatto dei direttori e i dipendenti, la responsabilità dei datori di lavoro per il fatto dei dipendenti, ecc. Queste fattispecie, insieme alla fattispecie prevista dall'art. 133 dei Principi Generali, sono eccezioni del principio generale della colpa previsto dall'art. 106, 2 comma della

legge sui *Principi Generali di Diritto Civile*.

Nella nuova legge sulla responsabilità extracontrattuale, questo sistema è seguito tramite i lavori di redazione. Infatti, la nuova legge sulla responsabilità extracontrattuale, come si è visto, è proveniente dalle leggi precedenti in base alla redazione e alle modifiche. Il principio generale della colpa è previsto nell'art. 7, 2 comma, che è la copia dell'art. 106, 2 comma della legge sui *Principi Generali di Diritto Civile*. A fianco del principio generale della colpa, si trovano le fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui, cioè, la responsabilità dei sorveglianti (inclusi i genitori, ecc.) per il fatto dei minori e gli infermi di mente nell'art. 32, la riproduzione dell'art. 133 dei Principi Generali; la responsabilità dei preponenti per il fatto dei dipendenti negli articoli 34, 35, la sintesi degli articoli 8 e 9 dell'interpretazione giurisprudenziale del 2003.

Sulla base della struttura dei relativi articoli, è presentata la costruzione della responsabilità per fatto altrui conforme ai punti condivisi dai vari codici civili del sistema romanistico. Cioè, la responsabilità per fatto altrui include le fattispecie seguenti: la responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci e la responsabilità dei genitori, ecc., per il fatto dei minori nell'art. 32; la responsabilità dei preponenti per il fatto dei dipendenti negli articoli 34, 35. Questi tre articoli si riferiscono ai casi in cui esistono i rapporti intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto. Dunque, queste fattispecie, allo scopo della tutela delle vittime, derogano il principio generale della colpa in base a tali rapporti speciali.

Però, gli articoli suddetti, mescolati con altri articoli relativi alla capacità di intendere e di volere, al dovere di assicurazione, ecc., sono collocati nella parte "disposizioni speciali per i soggetti responsabili". Questa collocazione è diversa da quella dei codici civili del sistema romanistico. Quindi, secondo alcuni studiosi cinesi, tale struttura risulta irragionevole e non accettabile, e si dovrebbe dividere questo

capitolo in parti diverse.²⁶⁸

b) La scelta nel caso in cui sussistano differenze tra i codici civili che sono provenienti dal diritto romano.

Oltre alle somiglianze dovute al modello comune del diritto romano, sulla conoscenza della responsabilità per fatto altrui, esistono anche alcune differenze tra i diritti dei diversi paesi.

(I) Dal punto di vista del testo giuridico, in alcuni codici civili le fattispecie della responsabilità per fatto altrui sono previste in modo unitario. Oltre a ciò, si trova anche una clausola generale per indicare le fattispecie, per esempio, l'art. 1384, 1 comma nel Codice Napoleone e l'art. 1153, 1 comma nel Codice civile italiano del 1865. Invece, in altri codici civili, in particolare nel BGB, le fattispecie della responsabilità per fatto altrui sono previste in articoli diversi senza una cosiddetta clausola generale.

A mio avviso, questa è solo una differenza formale che causa, semmai, metodi diversi per quanto riguarda lo studio della responsabilità per fatto altrui, ma non ci sono altre influenze sostanziali. Infatti, gli studiosi di paesi diversi, come si è detto, arrivano ad una concordanza su questa responsabilità speciale: tralasciando le diverse figure nei codici civili, tendono a cercare la caratteristica comune nel rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti.

(II) Riguardo al caso in cui un danno è cagionato dal fatto di minore o di infermo di mente, il BGB lo prevede in modo unitario, cioè la responsabilità dei sorveglianti (in senso lato) per il fatto di minore o di infermo di mente nell'art. 832; mentre il Codice civile italiano del 1942 lo divide in due articoli: l'art. 2047, 1 comma che è dedicato alla responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci, e l'art. 2048 che prevede

²⁶⁸ Liang Huixing, *L'analisi del progetto della legge sulla responsabilità extracontrattuale ed i consigli di modifica*, in *Giurisprudenza Cinese*, novembre 2009.

la responsabilità dei genitori, ecc. per il fatto dei minori capaci.

Come si è visto nella parte del diritto romano, sono già state proposte le fattispecie tipiche della responsabilità per fatto altrui: la responsabilità dei *nautae, cauponae, stabularii* per il fatto dei dipendenti, la responsabilità del *paterfamilias* per il fatto dei servi o dei figli di famiglia. Oltre ciò, è accennata appena appena la responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci. Quindi, il diritto romano, basandosi sulla distinzione tra il rapporto di sorveglianza e il rapporto di potestà tra i responsabili e gli autori del fatto, distingue la responsabilità dei sorveglianti dalla responsabilità del *paterfamilias*. Questa impostazione del diritto romano è seguita precisamente dal Codice civile italiano del 1942. Anche sulla base della impostazione del diritto romano, il Codice civile tedesco, considerando che la sorveglianza ha potenza dinamica tanto da includere i rapporti sia tra i genitori e i minori capaci sia tra i sorveglianti e gli incapaci, ha invece avvicinato la posizione dei genitori (il *paterfamilias* nel diritto romano) a quella dei sorveglianti. Perciò, nell'art. 832 del Codice civile tedesco sono messe insieme le due fattispecie, ossia la responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci e la responsabilità dei genitori, ecc., per il fatto dei minori capaci.

Facendo il confronto fra le diverse soluzioni dei codici civili che tutte sono provenienti dalla impostazione del diritto romano, nella presente tesi, preferisco accogliere la struttura del Codice civile italiano del 1942. Poiché, la responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci si basa sul rapporto di sorveglianza, secondo il quale i responsabili devono esercitare sugli autori del fatto un controllo idoneo in modo diligente ad impedirne l'attività dannosa. Nel caso in cui un incapace ha cagionato il danno ad altro, questo autore del fatto non risponde del danno in quanto egli non ha capacità di intendere e di volere. Dunque, la responsabilità del risarcimento del danno cade sul sorvegliante in base al rapporto di sorveglianza. La responsabilità dei genitori, ecc., per il fatto dei minori capaci, invece, si basa sul rapporto di potestà dei genitori, secondo il quale i responsabili, soprattutto i genitori,

svolgono il ruolo di sostegno della famiglia, con una dimensione che include molti profili, morale, economico, di difesa, di disciplina all'interno della famiglia che viene sostenuta. In questo quadro, di competenza dei genitori a compiere le valutazioni su ciò che è meglio per la famiglia, e su ciò a cui questa può fare fronte, si inserisce il risarcimento del danno cagionato dal minore. Quindi, sebbene l'autore del fatto debba assumere la responsabilità quanto poiché capace di intendere e di volere, la responsabilità cade ancora sui genitori in base al rapporto di potestà. Insomma, queste fattispecie abbiano le diverse nature, il distinguere queste due fattispecie è la migliore soluzione.

Quindi, nell'interpretazione giuridica nel diritto cinese, è meglio distinguere le fattispecie diverse, cioè la responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci e la responsabilità dei genitori, ecc., per il fatto dei minori capaci, malgrado nell'art. 32 nella nuova legge sulla responsabilità extracontrattuale è accolta la struttura stabilita dal BGB.

C. Riepilogo

Sulla base dell'analisi precedente, potremmo proporre la linea generale della responsabilità per fatto altrui nella legge sulla responsabilità extracontrattuale:

a) il concetto di *'responsabilità per fatto altrui'* indica una responsabilità speciale secondo cui chi è tenuto al risarcimento non è l'autore materiale dell'evento di danno per il terzo, bensì è un diverso soggetto;

b) tale responsabilità si configura in relazione a tre categorie di fattispecie basate su rapporti fondamentali tra i soggetti responsabili e gli autori del fatto: la prima è la categoria delle fattispecie della responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci basate sul rapporto di sorveglianza; la seconda è la categoria delle fattispecie della responsabilità dei genitori e dei sostituti per il fatto dei minori basate sul rapporto di potestà; la terza è la categoria delle fattispecie della responsabilità dei

preponenti per il fatto dei preposti basate sul rapporto di preposizione;

c) nel sistema della responsabilità extracontrattuale, le responsabilità per fatto altrui, come le fattispecie speciali, derogano al principio generale della colpa.

3. La fattispecie tipica (I): la responsabilità dei sorveglianti

Secondo l'art. 32 della nuova legge, nel caso in cui il danno ad altro è cagionato da una persona senza capacità di agire o con capacità limitata di agire, la responsabilità di danno cade sui soggetti che sono tenuti alla sorveglianza.

A. I sorveglianti e gli incapaci

Nella responsabilità dei sorveglianti, gli autori del fatto sono le persone senza capacità di agire o con capacità limitata di agire, ossia i minori incapaci e gli infermi di mente sotto sorveglianza; mentre i responsabili sono i soggetti che devono assumere la sorveglianza.

Nel caso in cui l'autore del fatto è un minore incapace, i primi responsabili sono i suoi genitori. Nell'assenza dei genitori, secondo il diritto attuale cinese, i responsabili potrebbero essere i nonni, i fratelli o le sorelle maggiori, altri congiunti o amici intimi che hanno la volontà di assumere il dovere di sorveglianza e hanno ottenuto il permesso dagli enti presso cui i genitori hanno lavorato o dal quartiere o dal comitato di villaggio del luogo di residenza del minore. Se non esistono i soggetti suddetti, i responsabili potrebbero anche essere direttamente l'ente dove i genitori lavoravano oppure il quartiere, o il comitato di villaggio del luogo di residenza del minore o l'ufficio di amministrazione civile; oppure, in ultima ipotesi, gli orfanotrofi pubblici.

Nel caso del danno cagionato da un infermo di mente, secondo il diritto attuale cinese, il primo sorvegliante è il suo coniuge. Poi, i soggetti che sostituiscono il coniuge per adempire il dovere di sorveglianza, possono essere i responsabili secondo l'ordine seguente: i genitori, i figli maggiorenni, altri parenti prossimi, per esempio,

fratelli o sorelle maggiori, i nonni, i nipoti. Inoltre, gli amici o altri parenti intimi, che hanno la volontà di assumere il dovere di sorveglianza, potrebbero divenire i sorveglianti nel caso in cui abbiano ottenuto il permesso dagli enti dove questo infermo di mente ha lavorato o dal quartiere o dal comitato di villaggio nel luogo di residenza. Se non esistono i soggetti suddetti, i sorveglianti possono anche essere gli enti stessi o il quartiere, o il comitato di villaggio suddetti, o l'ufficio di amministrazione civile. Del resto, anche i manicomi potrebbero essere i sorveglianti in base al contratto con i sorveglianti legali suddetti.

Fra i responsabili e gli autori del fatto, il presupposto è l'esistenza del rapporto di sorveglianza, al quale il diritto attribuisce una rilevanza tenendo conto del dovere a carica del responsabile di adottare le cautele normalmente adeguate per evitare che i soggetti sorvegliati arrechino danni agli altri. Quindi, in base al rapporto di sorveglianza, i responsabili devono adottare tutti i provvedimenti adeguati per evitare il danno cagionato dall'autore del fatto.

B. Il fondamento della responsabilità

a) La responsabilità dei sorveglianti deve basarsi sul rapporto di sorveglianza tra il responsabile e l'autore del fatto.

Secondo alcuni studiosi cinesi, in base ad un'esperienza ventennale, la teoria della garanzia, secondo la quale i responsabili devono garantire il risarcimento del danno cagionato dall'autore del fatto, è conforme alla vita sociale cinese, sia perché attualmente la richiesta principale della società cinese è la tutela della vittima per proteggere la sicurezza sociale, sia perché il sorvegliante, in generale, è spesso l'unico garante per la responsabilità del danno cagionato dal soggetto sorvegliato. Dunque, l'art. 32, come riproduzione dell'art. 133 dei Principi generali, si fonda su questa teoria. Quindi, malgrado il sorvegliante possa provare l'assenza della colpa nell'adempimento del dovere di sorveglianza, esso non può non ancora assumere la responsabilità del danno cagionato dal soggetto sorvegliato a causa della funzione

della garanzia.²⁶⁹

Però, la teoria della garanzia è troppo generica e non può interpretare la specificità della responsabilità dei sorveglianti, malgrado essa costituisca semmai il motivo mediato della fattispecie di responsabilità. Il fondamento deve ricercarsi invece negli elementi e nei dati assunti dal disposto normativo. Quindi, l'indagine, come si è rilevato, deve volgersi all'esistenza del rapporto di sorveglianza tra il responsabile e l'autore del fatto. Infatti, i responsabili sono in grado, in funzione della loro qualifica che li pone in rapporto con l'incapace, di esercitare sull'autore del fatto un controllo idoneo ad impedirne l'attività dannosa. Perciò, per individuare il criterio di imputazione, si deve innanzitutto confermare il rapporto di sorveglianza intercorrente tra il sorveglianti e il soggetto sorvegliato, in quanto fondamento della responsabilità dei sorveglianti.

b) La prova di adempimento del dovere di sorveglianza

Nell'ultima parte dell'art. 32, 1 comma, è concesso ai responsabili di produrre la prova di aver esercitato sugli autori del fatto un controllo idoneo ad impedirne l'attività dannosa, prova secondo la quale il giudice, in considerazione delle condizioni concrete, può limitare la responsabilità del sorvegliante, pur non avendo possibilità di esenzione. Per quanto riguarda tale prova, in considerazione del fondamento oggettivo della responsabilità dei sorveglianti, sembra doversi intendere, piuttosto, alla stregua di una limitazione posta all'estensione della responsabilità dei sorveglianti, anziché considerarla come un disegno della colpa presunta.

Ai fini della prova, bisogna esaminare l'adempimento del contenuto della sorveglianza, che si rapporta alle circostanze di tempo, di luogo, di ambiente, di pericolo che, considerando altresì le caratteristiche psico-fisiche e il grado di maturità o incapacità del soggetto sorvegliato, possono consentire o facilitare il compimento di

²⁶⁹ Wang Liming, *Il progetto del codice civile cinese e le motivazioni—il capitolo dei fatti illeciti*, Pechino, 2005, 164 ss; Yang Lixin, *La responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 2009, 212 ss; ecc.

atti lesivi da parte del medesimo, ecc. Più precisamente: nel caso in cui il danno è cagionato dai minori, i genitori e altri soggetti con la stessa posizione, per provare di aver esercitato la sorveglianza, va compiuta un'indagine sul comportamento del sorvegliante, che comprenda sia la prova della imprevedibilità del fatto dannoso commesso dal minore, sia quella dell'inevitabilità di esso nonostante l'adozione delle misure di vigilanza che possano essere ritenute idonee e ragionevoli nel caso concreto, in relazione alle circostanze soggettive ed oggettive di esso. Nei riguardi degli infermi di mente, il dovere dei sorveglianti, infatti, va effettuato in concreto sia con il controllo adeguato delle vie di uscita dell'edificio, sia con la prescrizione e somministrazione di cure farmacologiche idonee a vincere crisi acute del malato, sia impedendo che il malato stesso venga in contatto con oggetti pericolosi per sé o per altri, ecc.

4. La fattispecie tipica (II): la responsabilità dei genitori e dei sostituti

Nell'art. 32 della nuova legge, è anche inclusa l'altra fattispecie, cioè la responsabilità dei genitori e altri sostituti per il fatto dei minori capaci.

A. I genitori, i sostituti e i minori capaci

Nella responsabilità dei genitori e altri sostituti, a differenza della responsabilità dei sorveglianti, gli autori del fatto sono i minori capaci che possono assumere la responsabilità da solo, anziché quegli incapaci che non risponde del proprio fatto dannoso; mentre i responsabili soprattutto sono i soggetti che svolgono il ruolo di sostegno secondo la legge e il contratto.

Nel caso in cui l'autore del fatto è un minore, i responsabili, in base alle leggi, sono i soggetti come i sorveglianti già ricordati per il fatto dei minori incapaci. Peraltro, i genitori e altri sostituti, tramite il contratto, possono assegnare il sostegno dei minori ai soggetti competenti per fini di vigilanza, educazione od istruzione, principalmente alle scuole, sia pubbliche sia private. Come si è rilevato, nell'art. 32, con l'espressione

‘i sorveglianti’, si intende anche le scuole e altri organi educativi che sono previsti dall’art. 7, 1 comma nell’interpretazione giurisprudenziale del 2003. Inoltre, a differenza di quanto prevede il diritto italiano, nel diritto cinese la responsabilità per fatto dei minori non cade mai sugli insegnanti delle scuole, considerato che l’istituzione scuola ha ovviamente possibilità economiche maggiori rispetto ai singoli insegnanti, ed è più facilmente in grado di risarcire il danno alla vittima.

B. Il fondamento della responsabilità

a) La responsabilità dei genitori e dei sostituti deve basarsi sul rapporto di potestà tra il responsabile e l’autore del fatto.

Fra i responsabili e gli autori del fatto, il presupposto è l’esistenza del rapporto di potestà, secondo il quale, come già detto, i responsabili svolgono il ruolo di sostegno. Dunque, il fondamento deve ricercarsi nell’esistenza del rapporto di potestà tra il responsabile e l’autore del fatto. Infatti, i responsabili sono in grado di svolgere quella funzione educativa e di sostegno che include certamente l’esercitare sugli autori del fatto un controllo idoneo ad impedirne l’attività dannosa. Perciò, per individuare il criterio di imputazione, si deve innanzitutto confermare il rapporto di potestà intercorrente tra il responsabile e l’autore del fatto, poiché esso è il fondamento della responsabilità dei genitori e dei sostituti.

b) La prova di diminuzione della responsabilità

Nell’ultima parte dell’art. 32, 1 comma, è concesso ai responsabili di produrre la prova di non evitare il fatto dannoso, prova secondo la quale il giudice, in considerazione delle condizioni concrete, può limitare la responsabilità dei genitori e dei sostituti, pur non avendo possibilità di esenzione. Per quanto riguarda tale prova, in considerazione del fondamento oggettivo di questa responsabilità, sembra anche doversi intendere alla stregua di una limitazione posta all’estensione della responsabilità dei genitori o dei sostituti.

Nel caso in cui il danno è cagionato dai minori, i genitori e altri soggetti con la stessa posizione, per provare di non evitare il fatto dannoso, va compiuta un'indagine sul comportamento dei responsabili, che comprenda sia la prova della imprevedibilità del fatto dannoso commesso dal minore, sia quella della inevitabilità di esso nonostante l'adozione delle misure di vigilanza che possano essere ritenute idonee e ragionevoli nel caso concreto, in relazione alle circostanze soggettive ed oggettive di esso; i responsabili devono altresì provare di aver impartito un'educazione morale idonea a tener lontano il minore da comportamenti illeciti, dannosi per i terzi. In riferimento al contenuto dell'educazione, è stato rilevato che la relativa prova non si deve limitare alla dimostrazione di un fatto specifico, come l'aver iscritto il minore alle scuole dell'obbligo, poiché il dovere di educare ed istruire i minori va inteso in senso ampio, così da abbracciare l'intera personalità del minore in formazione. Tale soluzione è coerente con gli indirizzi che ammettono un allentamento del dovere di vigilanza con riferimento all'età ed all'esigenza del minore di autodeterminarsi, soprattutto ove il minore non abbia manifestato in passato una certa pericolosità.

Riguardo alle scuole, l'attività fondamentale è costituita dall'insegnamento, ossia della produzione dell'istruzione e dell'educazione, intendendosi per istruzione l'insieme della scienza e del sapere acquisito e per educazione la formazione intellettuale e morale sulla base di determinati principi. Però, rispetto al dovere dei genitori, ecc., il dovere delle scuole non è l'educazione intera, bensì la vigilanza. La vigilanza è graduata in funzione dell'età, della maturità e dello sviluppo psico-fisico del minore: deve essere più rigorosa per le scuole elementari, mentre deve attenuarsi per le scuole superiori. Infatti, occorre correlarne il contenuto e l'esercizio in modo inversamente proporzionale all'età ed al normale grado di maturazione degli alunni, di modo che, con l'avvicinamento di costoro all'età del pieno discernimento, l'espletamento di tale dovere non richieda la continua presenza degli insegnanti, purché non manchino le più elementari misure organizzative dirette a mantenere la disciplina tra gli allievi.

5. La fattispecie tipica (III): la responsabilità dei preponenti

Secondo l'art. 34 e l'art. 35 della nuova legge, nel caso in cui il danno di terzo è cagionato dal preposto nell'esercizio delle incombenze affidate, il preponente è tenuto al risarcire il danno.

A. I preponenti e i preposti

Nella responsabilità dei preponenti, i responsabili sono appunto i preponenti. Come si è visto, abbandonata la differenziazione tra i soggetti con diverse posizioni relative ai diversi tipi di sistema della proprietà, tutti i soggetti che si appropriano dell'attività altrui, includendo gli enti e le persone fisiche, sono previsti dalla nuova legge come responsabili. In corrispondenza, gli autori del fatto sono i preposti che sono impiegati dai preponenti.

Fra i responsabili e gli autori del fatto, deve esistere il rapporto di preposizione. All'individuazione di questo rapporto, in realtà, la dottrina cinese non ha mai prestato attenzione, in quanto gli studiosi cinesi, come si è visto, tendevano a studiarla in base ai diversi tipi di sistema della proprietà. Al riguardo, possiamo consultare la dottrina italiana.

Come già detto in precedenza, basandosi sui criteri oggettivi, per l'individuazione del rapporto di preposizione, si ritiene idoneo l'elemento della subordinazione in senso lato, includendo anche l'ipotesi di lavoro subordinato in senso proprio. La preposizione può pertanto risultare da un rapporto di fatto; non sono essenziali né la continuità né l'onerosità del rapporto medesimo; è sufficiente l'astratta possibilità di esercitare un potere di supremazia o di direzione, non essendo invece necessario l'effettivo esercizio di quel potere.

Dunque, oltre all'ipotesi tipica del lavoro subordinato per l'impresa, il rapporto della preposizione può sussistere anche nelle ipotesi di rapporti associativi di lavoro (impresa familiare, cooperative di lavoro, ecc.) e di lavoro gratuito (associazioni di

volontariato, ecc.). Il rapporto di preposizione, infine, può essere riscontrato anche là dove sia conferito l'incarico di un'opera o di un servizio purché il committente mantenga sull'incaricato un potere dirigenziale.

Tuttavia, in generale, tale rapporto deve escludersi nei contratti di appalto e di mandato perché l'appaltatore e il mandatario si obbligano ad eseguire la prestazione per conto del cliente ma nell'esercizio della propria autonomia decisionale e organizzativa. Però, se il committente o il mandante si riservano la conduzione dell'operato dell'appaltatore o del mandatario, essi rispondono per i danni arrecati da questi soggetti nell'espletamento dell'incarico.

Peraltro, secondo gli articoli 34 e 35 della nuova legge, come le rispettive disposizioni dei codici civili del sistema romanistico, non sono imputati ai preponenti tutti i danni comunque cagionati dai preposti, ma solo quelli arrecati nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti. Quindi, deve esistere la connessione tra l'incombenza e danno. La Corte suprema cinese, ricalcando principalmente la dottrina di Taiwan e la dottrina giapponese,²⁷⁰ indica nell'interpretazione giurisprudenziale della Corte suprema del 2003 "l'esercizio delle incombenze affidate è limitato all'ambito dell'autorizzazione e direzione dei datori di lavoro. Se l'apparenza dell'attività dei dipendenti dimostra l'esercizio delle incombenze affidate o l'attività ha un nesso interno con le incombenze affidate, sebbene l'attività dei dipendenti oltrepassi il confine dell'autorizzazione, è confermato l'esercizio delle incombenze affidate".²⁷¹

Quest'interpretazione, in sostanza, è simile a quella italiana. Come si è visto, la giurisprudenza italiana accoglie il criterio del nesso di occasionalità necessaria tra l'esercizio delle incombenze ed il danno, secondo il quale è sufficiente che l'esercizio

²⁷⁰ Shi Shangkuan, *La trattazione generale dell'obbligazione* (ristampa), cit., 191; Wang Zejian, *La dottrina del diritto civile e la ricerca della giurisprudenza* (I), cit., 18; Yu Min, *La responsabilità extracontrattuale nel diritto giapponese*, Pechino, 2006, 133 ss.

²⁷¹ Sezione civile della Corte suprema, *L'applicazione dell'Interpretazione giurisprudenziale del risarcimento di danno a persona*, cit., 161-162.

delle incombenze esponga il terzo all'ingerenza dannosa del preposto. Se così, il preponente ne risponde pur se il preposto abbia abusato della sua posizione, contravvenendo alle istruzioni ricevute, affidando ad altri l'esecuzione delle proprie incombenze, agendo per finalità estranee a quelle del preponente, ecc.

B. La responsabilità dei preponenti deve basarsi sul rapporto di preposizione tra il responsabile e l'autore del fatto.

Nella società moderna, la responsabilità dei preponenti è costruita prevalentemente allo scopo della tutela dell'interesse della vittima. Questa responsabilità, dunque, non è altro che una responsabilità oggettiva. Sembra che questa tesi sia stata accolta comunemente in Cina sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza. Per quanto riguarda l'interpretazione dottrinale della responsabilità oggettiva, come si è detto in precedenza, sembra che la teoria del rischio sia corrente nella dottrina cinese.

Ma la verità è che le teorie di rischio-profitto o di rischio di impresa, ecc. costituiscono semmai motivi mediati della fattispecie di responsabilità, il cui fondamento deve ricercarsi invece nella specificità della responsabilità dei preponenti. Riguardo all'individuazione del criterio di imputazione della fattispecie, l'attenzione deve volgersi invece all'esistenza del rapporto di preposizione tra il preponente ed il suo preposto; ad esso il diritto attribuisce tale rilevanza tenendo conto dei poteri-doveri di scelta e direzione che tale relazione comporta a carica del terzo responsabile. Quindi, la responsabilità dei preponenti, come una fattispecie della responsabilità per fatto altrui, deve basarsi sul rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto.

Del resto, a causa del criterio oggettivo, i preponenti non possono provare l'assenza della colpa per esimersi dalla propria responsabilità. Però, non si può dire che la responsabilità dei preponenti sia una responsabilità assoluta. Infatti, il responsabile potrebbe negare il risarcimento attraverso la prova dell'assenza del rapporto di preposizione, della mancanza del rapporto tra il danno e l'esercizio delle incombenze,

ecc.; oppure, la prova liberatoria comune per tutte le responsabilità è quella che la responsabilità è causata da forza maggioranza o da caso fortuito, ecc.

CONCLUSIONE

Giunti al termine della ricerca, è opportuno sintetizzare i risultati essenziali a cui si è pervenuti. Il problema centrale della ricerca si rivolge alle responsabilità speciali che cadono su un soggetto diverso da quello che ha cagionato il danno.

Nel campo della responsabilità extracontrattuale, il soggetto deve rispondere del fatto proprio alla luce di un principio, in cui è instaurato l'equilibrio tra la libertà di agire del soggetto e la tutela dell'interesse della vittima. Ciò non toglie tuttavia l'esistenza di un tipo di fattispecie speciale in cui un soggetto possa essere chiamato a rispondere, ricorrendo determinati presupposti, per il fatto dannoso di un altro. In queste fattispecie speciali, a differenza di quelle normali, vi è separazione fra il fatto dannoso e la responsabilità che ne sorge (e fra i rispettivi soggetti). Tale separazione, che sulla base di un criterio astratto di giustizia può sembrare inammissibile, è giustificata (dal punto di vista politico-legislativo) da ragioni sociali e, più esattamente, di certezza della tutela del danneggiato. Infatti, le esperienze storiche dimostrano che è possibile l'affermazione della responsabilità per fatto altrui nel caso in cui il responsabile e l'autore del fatto si uniscano come un gruppo collettivo in base ad un rapporto speciale tra di loro.

Però, le difficoltà sorgono quando si vogliono individuare i soggetti e indicare il fondamento della responsabilità per fatto altrui. Nell'evoluzione dal diritto romano ai codici civili moderni, in realtà, i giuristi hanno dato diverse risposte a seconda della vita sociale e dell'ambiente dottrinale, e ciò è alla base delle diverse costruzioni nei codici civili del sistema romanistico. Nella presente tesi, si tentato di cercare un modello comune della responsabilità per fatto altrui nelle diverse costruzioni, attraverso un'analisi sistematica dell'evoluzione dell'istituto e delle diverse previsioni di esso nei codici civili del sistema romanistico.

Nel diritto romano, le fattispecie fondamentali furono configurate dalle azioni, cioè l'*actio noxalis adversus paterfamilias* per il fatto dannoso delle persone in potestà, le

actiones furti et damni adversus nautas caupones stabularios, nonché dalla responsabilità per il danno cagionato dall'incapace di intendere o di volere. Prendendo in considerazione tali fattispecie, il diritto romano ha prestato un'attenzione particolare alla tutela dell'interesse delle vittime. Dunque, abbiamo visto che i giuristi romani preferiscono cercare il fondamento della responsabilità per fatto altrui nei criteri oggettivi, cioè i rapporti speciali tra i responsabili e gli autori del fatto, più precisamente: nell'*actio noxalis adversus paterfamilias* è il rapporto di potestà tra i padri di famiglia e i figli o i padroni e i servi, cioè il ruolo del *paterfamilias* di sostegno di tutti gli altri componenti della stessa, che non esclude la loro responsabilità personale (consegna a nozza; disciplina interna alla famiglia). Essa non include la responsabilità per l'incapace, i cui atti restano privi di conseguenze; nella responsabilità per il danno cagionato dall'incapace di intendere o di volere è il rapporto di sorveglianza tra i sorveglianti e gli incapaci, cioè una forma di cura, diligente attenzione; nell'*actiones in factum adversus nautas, caupones, stabularios* è il rapporto di preposizione tra gli armatori, i locandieri, i titolari della stazione e i loro dipendenti, cioè il ruolo del titolare dell'attività imprenditoriale e direttiva che non esclude la responsabilità personale di regresso. Essa presuppone un atto colpevole del dipendente. Tali criteri oggettivi, lasciando l'imputazione della colpa o del dolo dei responsabili, prevalgono nei confronti della coerenza logica del rapporto fra riprovevolezza della condotta e punizione. Si sviluppa quindi la considerazione di un ruolo non afflittivo della sanzione, ma risarcitorio sulla base di esigenze di ripartizione dei danni. Insomma, nel sistema della responsabilità extracontrattuale, la responsabilità per fatto altrui, basandosi sul rapporto speciale tra il responsabile e l'autore del fatto, svolge un ruolo di eccezione rispetto al principio della colpa, il quale, come centro del sistema, è capace di espandersi dinamicamente a qualsiasi situazione concreta, anche nuova.

Nell'evoluzione dal diritto romano ai codici civili del sistema romanistico, le figure delle fattispecie della responsabilità per fatto altrui, proposte dai Romani, hanno subito grandi cambiamenti, sia riguardo ai soggetti, cioè l'armatore, il padre di

famiglia, ecc., estesi nelle azioni del diritto romano fino ad includere tutti i soggetti in base ai rapporti di sorveglianza, di potestà e di preposizione, sia riguardo al fondamento della responsabilità, basato su criteri oggettivi o soggettivi dettati dalla vita sociale.

Comunque, dal punto di vista del sistema, è seguita dai codici civili moderni l'impostazione del diritto romano, secondo cui la responsabilità per fatto altrui, basandosi sui rapporti speciali tra i responsabili e gli autori del fatto, rappresenta un'eccezione al principio generale della colpa. Dunque, in tutti i codici civili del sistema romanistico, la responsabilità per fatto altrui si configura in tre categorie principali di fattispecie, vale a dire la responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci, la responsabilità dei genitori, ecc., per il fatto dei minori e la responsabilità dei preponenti per il fatto dei preposti. Inoltre, nel sistema della responsabilità extracontrattuale, la responsabilità per fatto altrui, basandosi sui rapporti (di sorveglianza, di potestà e di preposizione) intercorrenti tra i responsabili e gli autori del fatto, deroga al principio generale della colpa allo scopo di tutelare l'interesse delle vittime.

Nel diritto cinese, la redazione della responsabilità per fatto altrui nel sistema della responsabilità extracontrattuale non è altro che il risultato del confronto dei precedenti dei codici civili del sistema romanistico, cioè dell'accoglimento dei punti simili e della scelta in presenza di differenze. Infine, la responsabilità per fatto altrui nel sistema della nuova legge sulla responsabilità extracontrattuale sarà impostata secondo la linea seguente:

1. il concetto di *'responsabilità per fatto altrui'* indica una responsabilità speciale secondo cui chi è tenuto al risarcimento non è l'autore materiale dell'evento di danno per il terzo, bensì è un diverso soggetto;

2. tale responsabilità si configura in relazione a tre categorie di fattispecie basate su rapporti fondamentali tra i soggetti responsabili e gli autori del fatto: la prima è la

categoria delle fattispecie della responsabilità dei sorveglianti per il fatto degli incapaci basate sul rapporto di sorveglianza; la seconda è la categoria delle fattispecie della responsabilità dei genitori, ecc., per il fatto dei minori basate sul rapporto di potestà; la terza è la categoria delle fattispecie della responsabilità dei preponenti per il fatto dei preposti basate sul rapporto di preposizione;

3. nel sistema della responsabilità extracontrattuale, le responsabilità per fatto altrui, come le fattispecie speciali, derogano al principio generale della colpa.

BIBLIOGRAFIA

- Albanese B., *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano. "Vittorio Scialoja"*, LXX, Milano, 1967;
- Apla G., *Manuale di diritto privato*, Quinta edizione, Milano, 2007;
- ID., *La responsabilità civile, Volume del Trattato di diritto privato (IV)*, Milano, 1999;
- Barassi L., *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio—in speciale modo a mezzo di animali*, in *Rivista Italiana Scienza Giuridica*, 1897;
- Bessone M., Alpa G., *Obbligazioni e contratti*, seconda edizione, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno (Tomo sesto), Torino, 1995;
- Betti E., *Istituzioni di diritto romano (II)*, Padova, 1962;
- Bianca M., *La responsabilità, Diritto Civile (V)*, Milano, 1994;
- Bielli S., *La responsabilità dei padroni e dei committenti per il fatto illecito dei loro domestici e commessi*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale (la responsabilità civile—I)*, Torino, 1997;
- Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987;
- Brasiello U., voce *Concorso di persone nel reato (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1988;
- Burdese A., *Manuale di diritto privato romano* (terza edizione), Torino, 1990;
- Busnelli F., voce *Illecito civile*, in *Enciclopedia Giuridica* (aggiornamento I), Roma, 1991;
- Codice civile di Napoleone il Grande, col confronto delle leggi romane,... ad uso delle*

- Università e dei Licei del Regno d'Italia*, Vol. III, Milano, 1810;
- Caravelli, *Per una nuova costruzione della responsabilità per fatto altrui*, in *Rivista Italiana Scienza Giuridica*, XVI, 1938;
- Chen Pengsheng, *La storia del diritto cinese vecchio* (il volume delle dinastie Sui e Tang), V, 1999, Pechino;
- Chironi P., *Colpa extracontrattuale* (I), Torino, 1903;
- ID., *Colpa extracontrattuale* (II), Torino, 1906;
- Christian Von Bar, *Gemeineuropaisches Deliktsrecht* (I), Tradotto da Zhang Xinbao, Pechino, 2001;
- Comporti M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, Milano, 2002;
- ID., *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, Milano, 2009;
- Consolo G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1914;
- Corsaro L., voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, XVII, Torino, 1987;
- ID., *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003;
- Coviello N., *Le responsabilità senza colpa*, in *Rivista Italiana Scienza Giuridica*, 1897;
- De Cupis, *Dei fatti illeciti*, Bologna, 1971;
- Di Marzo, *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino, 1950;
- Fedtke J., Magnus U., *Liability for damage caused by others under German law*, in *Unification of tort law: liability for damage caused by others* (a cura di Spier. J), Londra, 2003;
- Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor—modelli culturali dell'attribuzione di rischio e regime della noialità nelle azioni penali in factum contra*

- navatas, cauponas et stabularios*, Torino, 2002;
- Ferrini F., voce *Delitti e quasi delitti*, in *Digesto Italiano*, IX, 1924;
- Foramiti F., *Corpo del diritto civile* (I), Napoli, 1830;
- Franzoni M., *L'illecito*, Milano, 2004;
- Fuchs M., *Deliktsrecht*, Tradotto da Qi Xiaokun, Pechino, 2006;
- Galgano F., *Trattato di diritto civile*, II, Milano, 2009;
- Gaudino L., *Responsabilità dei padroni e dei committenti*, in *La colpa nella responsabilità civile* (a cura di Paolo Cendon), Torino, 2006;
- Geofferey Mac Cormack, *Culpa in eligendo*, in *REVUE Internationale des Droits De L'antiquité* (XVIII), 1971 ;
- Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni* (V), Firenze, 1904;
- Kötz H., Wagner G., *Deliktsrecht*, Berlin, 2006;
- Lacantinerie G., Barde L., *Delle obbligazioni, Trattato teorico-pratico di diritto civile* (IV), Milano, 1913;
- Lenel O., *Palingenesia Iuris civilis*, Leipzig, 1889;
- Liang Huixing, *Il progetto del codice civile e le ragioni (V)—i fatti illeciti*, Pechino, 2002;
- ID., *Il diritto civile cinese: l'origine e lo sviluppo*, in *Riforma Cinese* (luglio, 2006);
- Lobrano G., *Pater et filius eadem persona*, Milano, 1984;
- Mantovani M., *Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (la responsabilità civile—I), Torino, 1997;
- Mazzoni P., *Istituzioni di diritto civile italiano* (IV), quinta edizione, Firenze, 1920;

- Mei Zhongxie, *I principi fondamentali del diritto civile* (ristampa), Pechino, 1998;
- Merlo F., *Istituzioni del diritto civile*, Torino, 1846;
- Messineo F., *Istituzioni di diritto privato*, seconda edizione riveduta, Milano, 1940;
- Monateri G., *La responsabilità civile*, Torino, 1998;
- Pacchioni G., *Dei delitti e quasi delitti, Diritto civile italiano (IV)*, Milano, 1940;
- Pampaloni M., *Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto (actiones furti utiles)*,
in *Studi Senesi*, 17, 1900;
- Patti S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984;
- Pothier G., *Trattato delle obbligazioni*, in *Opere di G. R. Pothier* (Tomo Primo)
(seconda edizione italiana), Livorno, 1841;
- Rodotà S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964;
- Ruggiero R., *Istituzioni di diritto civile (II)*, Messina, 1930;
- Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX,
Milano, 1988;
- ID., *La responsabilità civile* (seconda edizione), *Trattato di diritto privato* (a
cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti), Milano, 2005;
- Schipani S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*,
Torino, 2009;
- ID., *Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problema della
«culpa»*, Torino, 1969;
- ID., *Digesti o pandette dell'imperatore giustiniano*, Milano, 2005;
- ID., *Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema della responsabilità
extracontrattuale*, 2009;
- ID., *Leggere i Digesti di Giustiniano, fondare il diritto: esempi di contributi al*

diritto odierno che possono derivare dalla rilettura dei Digesti in materia di responsabilità extracontrattuale, 2009;

Scognamiglio R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968;

Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989;

Sezione civile della Corte supreme, *La spiegazione e l'applicazione dell'interpretazione giurisprudenziale di alcuni problemi per i casi di danno alla persona*, Pechino, 2004;

Shi Shangkuan, *La trattazione generale dell'obbligazione* (ristampa), Pechino, 2000;

Solazzi S., *Appunti di diritto romano marittimo*, I. *Le azioni contro il nauta*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960;

Suzanne Galand-Carval, *Liability for damage caused by others under French law*, in *Unification of tort law: liability for damage caused by others* (a cura di Spier. J), Londra, 2003;

Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990;

Tilli G., «*Dominus sciens*» e «*servus agens*», in *LABEO. Rassegna di diritto romano*, XXIII, Napoli, 1977 ;

Trimarchi P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961;

Toullier C.B.M., *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice* (Volume XI), seconda edizione, Napoli, 1832;

Vencharutti A., *L'imputabilità del fatto dannoso e la responsabilità del sorvegliante per il fatto dell'incapace*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (la responsabilità civile—I), Torino, 1997;

Venezian G., *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni* (I), Roma, 1918;

- Viney G., Jourdain P., *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, Paris, 1989;
- Visintini G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Terza edizione, Milano, 2005;
- Vitrano M., *Note intorno alle azioni “in factum” di danno e furto contro il “nauta”, il “caupo” e lo “stabularius”*, Palermo, 1909;
- Wang Liming, Gong Pixiang, *Le spiegazioni dell’Interpretazione di alcuni problemi per i casi di danno alla persona*, Pechino, 2005;
- Wang Liming, *Il progetto del codice civile cinese e le motivazioni—il capitolo dei fatti illeciti*, Pechino, 2005;
- Wang Zejian, *La dottrina del diritto civile e la ricerca della giurisprudenza (I)*, Pechino, 2003;
- Yang Lixin, *La responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 2005;
- Zachariae C., *Corso di diritto civile (VI)*, Palermo, 1856;
- Zhang Minan, *La ricerca del sistema attuale francese della responsabilità extracontrattuale (seconda edizione)*, Pechino, 2007;
- Zhang Xinbao, *I principi della responsabilità extracontrattuale*, Pechino, 2005;
- Zhou Nan, *I principi generali del diritto romano, II*, Pechino, 2002;
- Zimmermann R., *The law of obligations—roman foundations of the civilian tradition*, Boston, 1992;
- Zweigert K., Kötz H., *Introduzione al diritto comparato (II)*, Istituti, ed. it. a cura di Majò A. e Gambero A., Milano, 1995.