

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ CIVILE NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO

1.1. Concetto di responsabilità civile. - 1.2. Funzioni della responsabilità civile (o *derecho de daños*). - 1.3. Elementi costitutivi della responsabilità civile. - 1.3.1. I soggetti. - 1.3.2. Il fatto generatore (azione od omissione). - 1.3.3. L'imputazione soggettiva - 1.3.3.1. Criteri di imputazione soggettivi: dolo e colpa. - 1.3.3.2. Criteri di imputazione oggettivi. - 1.3.4. Il nesso causale. - 1.3.5. Il danno - 1.4. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. - 1.4.1. Responsabilità contrattuale. - 1.4.2. Responsabilità extracontrattuale. - 1.4.3. Il differente regime giuridico della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

1.1. Concetto di responsabilità civile

La responsabilità civile individua l'intero istituto composto dalle norme cui spetta il compito di individuare il soggetto tenuto a sopportare il costo della lesione a un interesse altrui; può essere considerata sinonimo della stessa obbligazione riparatoria imposta al soggetto responsabile.

La legge spagnola stabilisce tale concetto negli articoli 1902 e 1903 del *Código Civil Español*. L'art. 1902 prescrive: *"colui che, a causa di un'azione od omissione, procura un danno ad un altro, sussistendo la colpa o la negligenza, è obbligato a riparare il danno causato"*.

L'art. 1903 aggiunge: *"l'obbligazione che impone l'articolo precedente è esigibile non solo per gli atti o le omissioni proprie, ma anche per quelli delle persone verso le quali si deve rispondere"*; se ne deduce quindi che non solo siamo responsabili civili dei danni provocati dai nostri atti ma anche dei danni cagionati dai comportamenti delle persone sottoposte alla nostra tutela, basti pensare ai genitori responsabili dei danni causati dai loro figli o ai tutori responsabili

dei pregiudizi causati dai minori o dai soggetti incapaci sottoposti alla loro autorità; sono ugualmente responsabili i direttori di uno stabilimento o di un'impresa rispetto ai pregiudizi causati dai propri dipendenti nell'esercizio delle loro funzioni; e così via.

La responsabilità di cui tratta questo articolo cesserà solo quando le persone sopra menzionate riusciranno a dimostrare di aver impiegato la diligenza del buon padre di famiglia al fine di prevenire il danno.

Questa responsabilità civile si basa su due principi conosciuti come "*culpa en eligiendo*" (espressione latina che può tradursi come "colpa nella scelta"; La locuzione si riferisce all'ipotesi di responsabilità di padroni e committenti in ordine ai danni arrecati a terzi dai loro dipendenti nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti. La ratio della disposizione è il rimprovero ai datori di lavoro per il fatto di non aver curato con la dovuta accortezza la scelta dei propri collaboratori) e "*culpa in vigilando*" (anch'essa espressione latina tradotta come "colpa nel vigilare"; L'espressione indica la colpa sottostante alla responsabilità per il fatto illecito altrui, che viene attribuita a coloro che sono tenuti alla sorveglianza di determinate persone repute non in grado di rendersi pienamente conto delle proprie azioni. Ad esempio, rientra in tale ipotesi, il fatto illecito commesso da una persona incapace d'intendere e di volere.).

L'ordinamento spagnolo presenta notevoli simmetrie con quello italiano per il fatto di prevedere una responsabilità contrattuale (*responsabilidad contractual*), derivante dall'inadempimento di un preesistente rapporto obbligatorio, regolata agli artt. 1101 del C.C. e ss., e una responsabilità extracontrattuale (*responsabilidad extracontractual*), prevista dagli artt. 1902 del C.C. e ss., sussistente qualora si verifichi una lesione del principio del "*no danār a otro*" (corrispondente al nostro "*alterum non laedere*" ossia, non recare danno ad altri; frequentemente viene utilizzata con lo stesso significato la locuzione "*neminem laedere*"), indipendentemente dalla violazione di un precedente rapporto obbligatorio.

I presupposti dell'illecito extracontrattuale sono l'azione o l'omissione del soggetto agente, caratterizzata dal dolo o dalla colpa, il danno e il nesso causale tra la condotta e l'evento

dannoso¹; mentre, a differenza di quanto avviene all'interno del nostro ordinamento, non è richiesto il requisito dell'ingiustizia del danno. Inoltre, non è rinvenibile una disposizione normativa analoga a quella di cui all'art. 2059 presente nel nostro C.C. che stabilisca in quali casi è ammesso il risarcimento del danno non patrimoniale, in Spagna denominato "*daño moral*"²: conseguentemente, in primo luogo, non vengono posti ulteriori paletti rispetto a quelli dettati dalle norme generali, e, in secondo luogo, il ristoro per il *daño moral* è ammesso, pacificamente, sia in presenza di un illecito contrattuale, sia extracontrattuale, non essendo possibile ricavare dal dato normativo nessun elemento per ritenere limitata la tutela alle ipotesi di illecito aquiliano³. Anche all'interno dell'ordinamento spagnolo le diverse forme di responsabilità prevedono una disciplina in parte differente, basti pensare al termine di prescrizione che è quinquennale se l'illecito è contrattuale (art. 1964 C.C.), mentre è solo di un anno se l'illecito è extracontrattuale (art. 1968 C.C.) da quando il diritto poteva essere esercitato in giudizio (art. 1969 C.C.).

Attualmente si tende alla conversione della responsabilità civile in "*Derecho de daños*"; si parla così di responsabilità civile nella sua funzione risarcitoria, concentrando l'attenzione sul danno ingiustamente sofferto. Con questa nuova concezione si va a determinare quale sarà il patrimonio che dovrà sopportare le conseguenze dannose; si tratta di un'imputazione patrimoniale più che personale, acquisendo il *derecho de daños* la primordiale funzione di distribuire le conseguenze economiche derivanti da un fatto pregiudizievole.

La dottrina è solita adoperare l'espressione *derecho de daños* assegnandole un significato non sempre coincidente: a volte viene utilizzato come sinonimo di responsabilità civile, intendendo quindi l'obbligazione di riparare tutti i danni ingiustamente causati dalla violazione del dovere generale di non danneggiare o dall'inadempimento dell'obbligazione;

¹ In tal senso si veda STS, 6 giugno 1997, in *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 1997, n. 45 p. 1105.

² M. Barrientos Zamorano, *El resarcimiento del daño moral in España e in Europa*, Salamanca, 2007, p. 38 s.; F. GÓMEZ POMAR, *Daño moral*, in *Indret*, 2000, n. 1.

³ La presenza dell'art. 2059 C.C., collocato all'interno della disciplina sull'illecito aquiliano, è tradizionalmente stata utilizzata nel nostro ordinamento come argomentazione volta a contrastare il ristoro dei danni non patrimoniali mediante il ricorso allo strumento della responsabilità contrattuale, la disciplina del quale nulla prevede espressamente sulla risarcibilità di tali danni.

altre volte, invece, tale concetto gode di un significato più ampio, comprensivo delle questioni attinenti alla prevenzione del danno.

1.2. Funzioni della responsabilità civile (o *derecho de daños*)

La responsabilità civile ha diverse funzioni, elenchiamole.

1. Funzione di demarcazione ("*funcion demarcatoria*").

La responsabilità civile ha una chiara funzione demarcatoria consistente nel tracciare una linea di confine tra ciò che è permesso e ciò che è proibito dalla norma, al fine di conoscere quali sono i comportamenti leciti e quali non lo sono, travalicando così la linea che separa la propria libertà da quella del prossimo. Per Suzanne Carval⁴, citata da Lopez Herrera⁵, la funzione di demarcazione (che ella denomina normativa), è la funzione originaria della responsabilità civile poiché è quella che consente l'elaborazione delle regole di condotta senza le quali la vita nella società sarebbe impossibile; tale funzione compie un dovere generale, quello di delimitare le condotte degli uomini affinché queste non causino danno ad altri.

2. Funzione di compensazione o risarcitoria ("*funcion compensatoria*").

La teoria maggiormente accolta in Spagna individua nell'attività di compensazione, di indennizzo o riparazione la funzione principale della responsabilità civile; lo scopo, dunque, è quello di ripristinare la situazione che vigeva prima dell'evento dannoso; tale concetto coincide con il significato etimologico di riparazione che proviene dal latino "*reparatio*" ossia "preparare di nuovo".

D'accordo con questa funzione, la responsabilità civile tenta, nella misura del possibile, di lasciare indenne la persona alla quale si è cagionato un danno ingiusto fornendole i mezzi giuridici necessari per ottenere una riparazione o una compensazione.

⁴ Professoressa di diritto delle assicurazioni presso la facoltà di legge di Rouen (Francia).

⁵ E. Lopez Herrera, *Introducción a la responsabilidad civil*. Edición digital, p. 23 - Lopez Herrera Edgardo, Professore di diritto all'Università Complutense di Madrid.

Tale funzione è denominata anche di reintegrazione; vi è infatti lo scopo di ristabilire l'equilibrio distrutto dal danno e collocare la vittima nella situazione in cui si sarebbe trovata se l'evento pregiudizievole non si fosse verificato.

3. Funzione distributiva (*funcion distributiva*).

Mentre la funzione di compensazione trova la sua ragione d'essere in un sistema di responsabilità per colpa e individualista, nel quale l'individuo deve rispondere per non aver rispettato il livello di diligenza richiesto, la funzione distributiva, come espressa da Lopez Herrera, si esteriorizza quando la società assume la decisione, mediante la creazione di una regola di responsabilità oggettiva, di permettere certe attività lecite, pur tuttavia pericolose e lesive, senza che debba essere dimostrata in tutti i casi l'esistenza della colpa affinché venga riconosciuto il diritto al risarcimento; negli ultimi tempi si è sottolineato come la responsabilità civile sia diretta verso soluzioni che prescindono, in maggior o minor grado, dalla componente soggettiva della colpa, vista l'esigenza sociale di soddisfare la vittima.

Alcuni autori lo considerano una conseguenza dell'incremento dello Stato del Benessere e delle nuove attività rischiose, dovendosi in tal modo considerare nuove distribuzioni del rischio stesso.

È constatabile l'aumento degli incidenti causati senza colpa dall'agente o di danni che generano difficoltà probatorie per il complesso funzionamento di manufatti industriali o per le innovazioni di un'attività. Questo problema viene trasferito ai tribunali, i quali, in ultima istanza, saranno coloro che dovranno determinare se l'attività causante il pregiudizio debba essere proibita per le sue caratteristiche di pericolosità, o se la soluzione stia nel risarcire il costo della lesione causata.

Nasce così la teoria della responsabilità oggettiva, che modifica, in una certa misura, la struttura classica della responsabilità proponendo che il danno non venga attribuito ad un soggetto in base alla partecipazione che ha avuto nella formazione del danno medesimo, ma secondo criteri derivanti dal rischio di utilizzazione di sostanze, macchine o strumenti. Per questo si parla della socializzazione della responsabilità: il *Derecho de daños* serve quindi a

“socializzare” i rischi che fanno parte della vita in una società. Seguendo tale funzione, dunque, i danni patiti individualmente da una persona in un incidente, sono traslati verso categorie più ampie di cittadini e ciò permette di distribuire al meglio i rischi all’interno della società, evitando la loro concentrazione in pochi sfortunati⁶.

Le conseguenze di questo nuovo panorama si manifestano nella comparsa di nuove forme di imputazione della responsabilità civile e in un importante incremento nella stipula di assicurazioni per la responsabilità civile.

L’esistenza di un’assicurazione che copra il rischio della nascita, a carico dell’assicurato, dell’obbligazione di risarcire ad un terzo i danni e pregiudizi causati da un fatto previsto nel contratto delle cui conseguenze sia civilmente responsabile l’assicurato, introduce un nuovo elemento da tener in conto quando si produce un danno. In definitiva, quindi, risponde la compagnia di assicurazioni, ma solo se colui che ha causato il danno sia realmente il responsabile.

4. Funzione di soddisfazione (*funcion de satisfaccion*)⁷.

Attraverso questa funzione si cerca di ottenere la soddisfazione della vittima lesa dal danno e, viceversa, la punizione di colui che lo ha provocato; si tratta di una variante della funzione punitiva⁸. Questa teoria si basa sul criterio secondo cui la responsabilità civile deve operare come una reazione di fronte all’ingiustizia del fatto lesivo e per questo motivo il danno dovrà essere riparato non solo da un punto di vista strettamente materiale, ma anche da quello giuridico⁹. A partire da questa valutazione giuridica, si ammette che lo scopo della riparazione possa superare l’estensione del danno, prendendo in considerazione altri fattori giuridici come la gravità della lesione, l’alterazione dell’ordine giuridico, incluso

⁶ Esempio: in un incidente automobilistico, il risarcimento che deve affrontare un conduttore per i danni causati ad un pedone non ricade sull’infortunato, ma si trasferisce, mediante il sistema di assicurazione, sull’insieme degli autisti, ossia su tutto il gruppo che genera il rischio.

⁷ J. Almagro Nosette *La responsabilidad civil y su problemática actual*; J. A. Moreno Martinez; Madrid Dykinson 2007; book_printbook: Spanish

⁸ Si discute se esista o meno la funzione sanzionatoria o punitiva nell’ordinamento spagnolo. Roca Trias, considera che tale funzione debba essere eliminata, in quanto appartiene a sistemi come quello nordamericano, che funzionano diversamente da quello spagnolo, aggiungendosi alla somma indennizzata un’altra quantità in rappresentanza dei cc.dd. danni punitivi, avente natura di multa penale, quest’ultima apertamente contraria alla Costituzione Spagnola, secondo il suo art. 25.

⁹ La teoria è stata esposta e difesa in Spagna da M. B. Sainz-Cantero Caparros.

l'arricchimento ottenuto dall'autore del pregiudizio. E, allo stesso tempo, si riconosce che la cessazione dell'attività fonte del danno risponda ad una funzione satisfattiva della riparazione, che supera la mera compensazione, dirigendosi alla completa ripristinazione dell'ordine giuridico turbato.

5. Funzione preventiva o dissuasiva (*funcion preventiva o disuasoria*).

Lo scopo della funzione preventiva è quello di dissuadere tutte le persone dal causare danno alcuno adottando le misure di prevenzione necessarie ad evitarlo, agendo quindi *ex ante*; Lopez Herrera pone questa funzione in relazione con il principio romano "*alterum non laedere*, ossia non ledere l'altrui sfera personale, principio che rappresenta una delle tre regole del diritto descritte dal giurista romano Eneo Domizio Ulpiano nelle sue "Regole"; l'obiettivo perseguito consiste quindi nel dissuadere le persone dal creare fonti di danno.

La responsabilità civile previene in due modi: in maniera generale, perché il cittadino cerca di evitare che gli vengano applicate le conseguenze sfavorevoli di una determinata norma e, attraverso la prevenzione speciale nella misura in cui si influisce nell'azione futura del soggetto¹⁰.

Con la prevenzione gli individui e le imprese adottano un comportamento adeguato al fine di ridurre la possibilità e la gravità degli incidenti, massimizzando così il benessere della società e minimizzando, di conseguenza, il costo sociale degli infortuni.

Ciò non significa ridurre il rischio degli incidenti a zero (nel caso delle macchine ridurre il rischio a zero implicherebbe evitare il loro utilizzo e ciò comporterebbe svantaggi per la società), ma far sì che gli individui adottino decisioni socialmente desiderabili, situate in un punto di equilibrio tra il costo di riduzione del rischio (il costo diretto dei mezzi di precauzione) e il beneficio che si ottiene per mezzo della precauzione stessa.

¹⁰ L. Díez Picazo, esprime che: "le regolazioni del diritto privato non sono estranee ai criteri di politica giuridica con i quali il legislatore vuole incentivare determinate condotte e disincentivarne altre. È risaputo che in materia contrattuale, qualsiasi regolazione si faccia si dovrà incentivare l'adempimento, disincentivare l'inadempimento e vigilare sull'autonomia della volontà delle parti e per la conservazione del contratto. Nell'ambito della responsabilità extracontrattuale qualunque regolazione deve prevedere non solo che la vittima ottenga un risarcimento integro rispetto al danno sofferto, ma anche che la concessione di azioni risarcitorie non coarti la libertà d'azione dei potenziali causanti il danno né sia contraria all'interesse pubblico".

1.3. Elementi costitutivi della responsabilità civile

Gli elementi costitutivi della responsabilità civile sono i soggetti, il fatto generatore (azione od omissione), i criteri di imputazione, il nesso causale e il danno.

1.3.1. I soggetti

Il responsabile. È una persona fisica o giuridica, verso la quale ricadrà il giudizio di imputazione. Una volta determinata, se sussistono tutti gli elementi della responsabilità, ricadrà sulla stessa l'obbligo di risarcire.

La vittima. Coi che ha subito il danno. Può trattarsi di una persona fisica o giuridica. In caso di morte della vittima, saranno altre persone, oltre gli eredi, ad avere la legittimazione attiva a reclamare il risarcimento derivante dal danno. Pur non sussistendo l'evento morte, ogni soggetto (in qualità di erede o meno) pregiudicato dal danno provocato alla vittima, potrà pretendere il risarcimento corrispondente al proprio pregiudizio.

1.3.2. Il fatto generatore (azione od omissione)

Il fatto, ossia il comportamento arrecante il danno, può consistere in un'azione positiva, che causa un danno alla vittima e implica l'aggiunta di un fattore alla catena delle condotte causali che conducono al risultato dannoso o, viceversa, in un'azione omissiva¹¹, caratterizzata dall'assenza di adozione di qualsivoglia comportamento atto ad impedire il verificarsi dell'evento dannoso; questa azione implica la mancata eliminazione di uno dei fattori della catena causale che ha condotto al danno. Tali azioni possono generare due

¹¹ Alcuni distinguono l'omissione pura da quella impura; nel caso di omissione pura, la mancata attuazione non si lega ad una precedente condotta attiva del soggetto (es: una persona che sta passando per una strada mentre un nuotatore sta affogando e non lo salva); nel caso dell'omissione impura, la mancata attuazione si relaziona ad una precedente attività di colui che ha omesso un comportamento (es: una impresa chimica produce una sostanza e, benché gli sia stata richiesta l'installazione di un filtro, non lo ha fatto, producendo un danno ambientale).

diversi tipi di responsabilità: una responsabilità per azione positiva (es. un guidatore investe un pedone per eccesso di velocità) e una responsabilità per azione omissiva (es. il Municipio non manda un soccorritore in una piscina, in un'ora di massima affluenza ed un minorenne annega. Sussiste un comportamento omissivo dell'Amministrazione Municipale che non ha impedito il verificarsi dell'evento dannoso).

Bisognerà valutare se ci troviamo di fronte ad un caso di responsabilità contrattuale o extracontrattuale: nel primo caso si tratterà dell'inadempimento di un'obbligazione a carico del debitore, o perché non attuò la condotta dovuta (o l'attuò quando invece avrebbe dovuto astenersi), o perché adempì all'obbligazione in modo parziale, difettoso o tardivo. Nel caso di responsabilità extracontrattuale si tratterà della causazione di un danno ad altro in maniera ingiustificata; ciò che importa non è la conoscenza o meno della vittima da parte di colui che ha causato il danno, in quanto potrebbe anche averla conosciuta in altre circostanze, incluso avere con la stessa una relazione contrattuale, ma che detto danno non sia causato nell'esecuzione stessa del contratto. Si parla del c.d. *alterum non laedere*, come poc'anzi spiegato.

In entrambi i casi dovrà aversi la caratteristica dell'antigiuridicità, quest'ultima implica che l'azione od omissione debbano trasgredire un mandato normativo: nella responsabilità contrattuale il contratto stesso o la legge che lo regge, in quella extracontrattuale il principio dell'*alterum non laedere*.

1.3.3. L'imputazione soggettiva

Anche chiamata dalla dottrina fattore di attribuzione. Si denomina imputazione soggettiva, a differenza di quella oggettiva, perché si riferisce all'analisi della condotta dell'individuo, determinando se ci sono alcuni dei fattori di attribuzione al comportamento del soggetto di fronte al fatto. Importante sarà la relazione tra l'azione od omissione e il soggetto.

Esistono nella dottrina e nella giurisprudenza due principali fattori di attribuzione, quello soggettivo e quello oggettivo.

1.3.3.1. Fattori di attribuzione soggettivi

D'accordo con il tipo di responsabilità che si analizza, si esaminerà il grado di diligenza e attenzione che era esigibile e che fu dispiegato nel caso concreto.

I principali fattori di attribuzione sono il dolo e la colpa.

Il dolo. Si definisce come l'intenzione deliberata di causare danno ad un altro soggetto. Tale accezione di dolo compare tanto nell'ambito contrattuale quanto in quello extracontrattuale, benché nel primo caso sia sufficiente l'intenzione deliberata di violare, ritardare l'adempimento o compierlo malamente affinché sia configurato il dolo.

Per Concepcion Rodriguez, occorre una definizione specifica quando si tratta di dolo civile, intendendo quest'ultimo come l'infrazione cosciente e volontaria di un dovere giuridico, anche se è quello generico che impedisce di causare un danno ad un altro, e in relazione al danno, il dolo presuppone la conoscenza della sua produzione, o almeno la probabilità, come conseguenza dell'azione.

Come evidenzia la sentenza n. 8439 del 30 novembre del 1999, nel dolo c'è un *"volontario inadempimento e una cosciente, deliberata e riflessiva intenzione di trasgredire ciò che è ordinato all'interno di un contratto"*; ulteriormente interpreta l'art. 1107 C.C. al suo primo comma: *"la buona fede è contrapposta al dolo, coincidendo quest'ultimo con la mala fede e a tal fine non è richiesta l'intenzione di pregiudicare, mentre basta solamente infrangere volontariamente il dovere giuridico che pesava su quel debitore, coscientemente"*.

In merito, dispone l'art 1107 del C.C. al suo secondo comma: *"in caso di dolo risponderà il debitore di tutto ciò che palesemente deriva dal mancato compimento dell'obbligazione"*; tale comma viene interpretato nel senso che, oltre ai danni previsti e prevedibili dovranno essere risarciti anche quelli che risultavano essere imprevedibili al momento della nascita dell'obbligazione.

Per ciò che concerne il dolo nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, la dottrina non si mostra unanime.

Mentre una parte sostiene l'applicazione della norma precedente solo nell'ambito contrattuale¹², altra parte sottolinea come si debba guardare attentamente l'art. 1902 del C.C. e che quando questo si riferisce alla *"colpa o negligenza"* sta contrapponendo entrambi i termini, pertanto la parola colpa equivale al termine dolo, alla condotta osservata con coscienza e previsione del risultato dannoso e non alla semplice mancanza di diligenza esigibile in ogni caso e per mezzo della quale il danno poteva essere evitato¹³.

Infine, ci sono autori per i quali la classificazione del dolo o della colpa è indifferente sul piano extracontrattuale. Tuttavia il dato reale è che il Tribunale Supremo ha fatto uso espresso del dolo civile in materia extracontrattuale, lo possiamo vedere nella sentenza n. 2618 del 30 marzo del 2005 in cui lo definisce come *"condotta intenzionale o perlomeno pienamente cosciente del danno altrui"* e per la sua configurazione basta la consapevolezza che con un fatto proprio si realizzi un atto antigiuridico, compiendo ciò che non dovrebbe essere compiuto¹⁴.

La colpa. Tale criterio di imputazione lo troviamo menzionato nell'art. 1902 del C.C.¹⁵ Dalla lettura di tale articolo si deduce che, colui il quale ha determinato il danno deve assumersi le conseguenze della sua condotta, non dovendo queste essere sopportate dalla vittima.

Sul concetto di colpa, l'art. 1104 C.C. dispone che: *"la colpa o negligenza del debitore consiste nell'omissione di quella diligenza che esige la natura dell'obbligazione e che corrisponde alle circostanze delle persone, del tempo e del luogo. Quando l'obbligazione non esprime la diligenza che deve prestarsi per il suo compimento, si esigerà quella che viene richiesta ad un buon padre di famiglia"*.

¹² Diez Picazo e Gullon Ballesteros (*Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, 6ª ed., rivista e aggiornata, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pag. 617) segnalano che "un senso innato della giustizia nella vita sociale esige che si punisca con maggiore durezza chi agisce dolosamente rispetto chi agisce con trascuratezza e negligenza".

¹³ J. Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II, volume III, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pag. 86

¹⁴ E nella stessa direzione le sentenze nn. 1230 del 9 marzo 1962 - 2339 del 19 marzo 1973 - 9260 del 5 dicembre 1995.

¹⁵ Il quale dispone: *"colui che per mezzo di un'azione od omissione causa danno ad un altro, intervenendo colpa o negligenza, è obbligato a riparare il danno causato"*.

Pertanto la legge considera un criterio oggettivo di colpa, senza tener in conto le capacità soggettive proprie del debitore, ma solo riferendosi alle circostanze esterne di tempo e luogo. Nell'ambito contrattuale, in virtù del principio di autonomia della volontà, le parti potranno determinare la diligenza dovuta, incluso pattuire quali azioni od omissioni specifiche verranno considerate come colpa. Ma nel caso in cui non venga concordata la diligenza dovuta al caso concreto, o la legge non dica nulla al riguardo, si seguirà il criterio della diligenza del buon padre di famiglia: tale concetto venne forgiato dall'antico diritto romano (in latino espresso con la locuzione *bonus pater familias*) ed ancora oggi, nel linguaggio giuridico, viene utilizzato per indicare un vero e proprio criterio di comportamento dell'obligato, nell'adempire l'obbligazione.

Il criterio della diligenza indica in astratto la misura dell'attenzione, della cura e dello sforzo psicologico che il debitore deve adoperare per attuare la prestazione nel modo stabilito. Si offre in tal modo un criterio generale per valutare il comportamento dell'obligato.

Tale questione in materia di responsabilità extracontrattuale è attuata in modo differente. Considerando che possono esserci diversi gradi di diligenza, si dovrà determinare se si farà riferimento allo standard astratto e unitario dell'uomo medio o se qualunque tipo di colpa, perfino quella lieve, possa dar luogo a responsabilità, ricorrendo all'art. 1089 C.C. che esprime: *"le obbligazioni nascono dalla legge, dai contratti e dai quasi-contratti, e dagli atti e omissioni illecite o nei quali intervenga colpa o negligenza"*.

Per determinare il grado di colpa esigibile si fa riferimento all'art. 1903 C.C. secondo il quale: *"l'obbligazione che impone l'articolo precedente è esigibile, non solo per gli atti od omissioni proprie, ma anche per quelli delle persone di cui si deve rispondere [...] la responsabilità di cui tratta questo articolo cesserà quando le persone qui menzionate dimostrino di aver adoperato tutta la diligenza del buon padre di famiglia per prevenire il danno"*. Questo concetto riguardante la diligenza del buon padre di famiglia, contiene una presunzione di colpa nei confronti di coloro che devono rispondere per i comportamenti adottati da altri. Ciò vuol dire che tali soggetti si intendono responsabili (presunzione) e per essere esonerati da tale imputazione di responsabilità,

dovranno dimostrare di aver utilizzato la diligenza richiesta, come previsto da detto modello.

Alcuni autori concludono quindi che debba considerarsi applicabile alla responsabilità extracontrattuale lo stesso grado di diligenza che viene richiesto per quella contrattuale. È certo che debba comunque farsi riferimento a ciò che viene esposto dalla Corte Suprema e dalla dottrina al riguardo.

La dottrina afferma che nella responsabilità civile extracontrattuale vengono comprese tutte le forme di colpevolezza, poiché *“il risarcimento integrale del danno si produce qualunque sia la forma di colpevolezza che abbia concorso”*; ciò porta a concludere che si incorre in responsabilità anche per colpa lieve¹⁶. Così ha recepito la sentenza n. 3447 dell'11 aprile 2011, in cui in un caso di incidente sul lavoro è stata confermata la responsabilità dell'ente incaricato dell'elaborazione del piano di sicurezza dei rischi lavorativi dell'impresa, responsabilità che in appello raggiunse anche l'impresa-datrice di lavoro per colpa lievissima.

Ciò ha comportato che la diligenza richiesta dal TS (Tribunal Supremo) fosse, in molti casi, tanto elevata da impedire a coloro che sono stati denunciati di esonerarsi dalla stessa, tenendosi anche in considerazione che la colpa lieve impone precauzioni che adottano solamente persone straordinariamente diligenti. Così prevede la sentenza n. 5439 del 5 settembre 2007, la quale considera come il tribunale, tra le altre misure, abbia implementato l'esigenza di una diligenza superiore agli standard abituali.

La sentenza n. 9664 del 30 dicembre 1995 espone che *“in linea di massima non è permesso ignorare che la diligenza richiesta comprenda non solo le attenzioni regolamentari, ma anche tutto ciò che la giurisprudenza impone per prevenire l'evento dannoso, con inversione dell'onere della prova e presunzione di condotta colposa dell'agente”*.

¹⁶ J. Santos Briz, *La Responsabilidad Civil*. Temas Actuales, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pag. 26

Ciò ha implicato che, oltre a questa estrema diligenza, si permettesse di invertire l'onere della prova in casi dove la legge non ha sancito nulla al riguardo¹⁷.

Tutte queste modificazioni ed interpretazioni hanno comportato grandi cambiamenti nella responsabilità civile. Uno dei più importanti è l'oggettivazione della stessa, come si vedrà di seguito.

1.3.3.2. Fattori di attribuzione oggettivi

La responsabilità oggettiva è una forma di responsabilità nella quale il soggetto è chiamato a rispondere di un illecito, civile o penale, senza che il fatto sia stato commesso con dolo o con colpa.

Tale situazione costituisce una deroga al principio generale della responsabilità (che trova origine nel "*neminem laedere*" della "*lex Aquilia de damno*" e successiva conferma nella corrente filosofica del giusnaturalismo) secondo cui è necessaria l'esistenza di un preciso nesso psichico tra il fatto illecito e il comportamento dell'individuo, affinché a questi possano essere attribuite le conseguenze giuridiche.

Come rimarca Roca Trias¹⁸, mediante il criterio oggettivo si imputa ad una persona il danno che produce l'attività svolta, indipendentemente dal livello di contribuzione dell'accusato nella produzione del danno né della diligenza spiegata.

L'esempio più chiaro nell'attuale sistema di responsabilità è quello del danno originato dalla conduzione degli autoveicoli; in tal caso, la dottrina del rischio si formula stabilendo che ogni attività che provoca un rischio speciale nei confronti di altre persone, rende l'autore di tale attività responsabile del danno che all'interno di quella cornice di rischio si può causare, senza la necessità di dimostrare la sussistenza o meno della colpa. Ciò si giustifica con una

¹⁷ Le sentenze nn. 8639 del 30 novembre 1994 e 850 del 12 febbraio 2001 applicano la presunzione *iuris tantum* della colpevolezza. La distribuzione dinamica dell'onere della prova e la facilità probatoria può incontrarsi nella sentenza n. 1079 del 10 febbraio 2003.

¹⁸ Giurista spagnola, magistrato della sezione civile del Tribunale Supremo e professoressa universitaria di diritto civile. Dal 2012 è magistrato del Tribunale Costituzionale della Spagna.

elementare idea di giustizia: se con la propria attività una persona si procura un beneficio è giusto che ripari i danni che causa¹⁹.

L'adozione di un criterio di imputazione oggettivo ha origine da una evoluzione che ha percorso varie tappe. In principio si parlò dell'inversione dell'onere della prova, utilizzando l'art. 1253 C.C. per applicare la presunzione della colpa. Successivamente, venne aumentata in larga misura la diligenza esigibile.

In alcuni campi è già accettata l'oggettivazione della responsabilità, mentre in altri continua a considerarsi come colpa presunta, tuttavia senza prova di diligenza che valga.

Ad esempio, molte delle sentenze del Tribunale Supremo non la accettano apertamente; la sentenza n. 9014 del 21 novembre 1990 esprime che *"l'evoluzione di oggettivare la responsabilità extracontrattuale non ha rivestito carattere assoluto, e in nessun modo permette l'esclusione del principio basilare della responsabilità per colpa, che risponde al nostro ordinamento positivo"*. In tal senso Roca Trias segnala che il Tribunale Supremo accetta solo l'imputazione oggettiva in casi eccezionali; come lo sono i rischi straordinari, il danno sproporzionato e la mancata collaborazione di colui che ha causato il danno quando a ciò è obbligato²⁰.

In materia contrattuale, anche se il Codice Civil prevede la responsabilità basata nella colpa, è chiaro che davanti alle obbligazioni di risultato il fattore di attribuzione al debitore sarà di carattere oggettivo, senza un'analisi particolare della sua condotta.

1.3.4. Il nesso causale

Tale elemento della responsabilità civile è senza dubbio il più problematico da determinare. Ne sono generate lunghe discussioni proponendosi al riguardo molte teorie. Questo argomento ha riscosso, in primo luogo, una grande importanza nell'ambito del diritto penale.

¹⁹ E. Roca Trias, *El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español* en *InDret* Revista para el análisis del derecho. Barcelona Octubre 2009. Pag. 6.

²⁰ E. Roca Trias, *El riesgo...*, cit., pág. 11

Prima di entrare a fondo nel tema, è necessario stabilire alcune differenze concettuali; l'art. 1902 C.C. parla di causalità e imputazione soggettiva. L'imputazione soggettiva, come visto precedentemente, è l'attribuzione di un fatto ad un agente, sia essa per colpa, dolo o oggettiva. Detta imputazione soggettiva non può confondersi con quella oggettiva; e quest'ultima, a sua volta, deve differenziarsi dalla causalità materiale. La legislazione non dice nulla riguardo la causalità, sono state la dottrina e la giurisprudenza ad aver sviluppato tale questione.

D'accordo con la dottrina, il nesso di causalità richiede due analisi fondamentali: la causalità materiale (anche denominata causalità naturale o di fatto) e quella giuridica; la prima operante sotto il profilo della riconducibilità dell'evento ad una specifica condotta umana, la seconda sul differente piano della riconducibilità delle conseguenze pregiudizievoli a detta condotta (riferendosi ai problemi di determinazione del danno risarcibile²¹, selezionando tra le possibili conseguenze di un fatto, quelle per cui il colpevole dovrà rispondere).

Per la dottrina spagnola tale differenziazione è chiara, mentre la giurisprudenza è stata maggiormente restia ad accettarla; è comunque possibile incontrare delle sentenze in cui si trovano spunti di differenziazione; la sentenza n. 7102 del 16 ottobre 2007 parla di imputazione oggettiva, considerando che nel caso concreto non c'è regola normativa alcuna, specifica o generica, che permetta di stabilire la causalità giuridica, perché la causalità fisica opera come un elemento remoto; da parte sua, la sentenza n. 6042 del 9 ottobre del 2008, parla di imputazione oggettiva specificando che questa *"integra una quaestio iuris, comportando un giudizio che, oltre la mera constatazione fisica della relazione di causalità, obbliga a valutare con criteri estratti dall'ordinamento giuridico, la possibilità di imputare all'agente il danno causato riconoscendo la prossimità con la condotta realizzata, l'ambito di protezione della norma*

²¹ La causalità giuridica, presupponendo già risolto il problema dell'imputazione, determina gli eventi da porre a fondamento del danno risarcibile e risponde alla domanda quanto devo pagare?

*infranta e la frequenza o normalità del rischio posto in essere davanti all'esistenza dei rischi generali della vita, tra le altre circostanze"*²².

La causalità materiale, come si è detto, è un problema di fatto, un tema che corrisponde alla logica, alla realtà. È stato difficile determinare il miglior modo di constatare la relazione causale. Così il giurista analizzerà le diverse cause, determinando quali di queste può considerarle unite al fatto del soggetto.

Nella dottrina maggioritaria la teoria più accettata è quella della "*conditio sine qua non*", anche conosciuta come la teoria della equivalenza delle condizioni; secondo tale teoria, causa dell'evento è l'insieme degli antecedenti senza i quali l'evento non si sarebbe verificato: per aversi rapporto di causalità, dunque, basta che l'agente abbia realizzato una condizione qualsiasi dell'evento, atteso che tutte le condizioni sono equivalenti.

Per accertare l'esistenza di tale nesso causale è sufficiente il ricorso al procedimento della eliminazione mentale (o c.d. giudizio controfattuale): se eliminando mentalmente la condotta presa in considerazione l'evento resta, allora tale condotta non è causa dello stesso; se, al contrario, eliminando mentalmente la condotta viene meno anche l'evento, vorrà dire che quest'ultimo è causato proprio da quella condotta.

Tale teoria è considerata corretta per determinare l'esistenza o meno della relazione di causalità tra la condotta ed il danno.

Dopo aver determinato la causalità materiale, si considerano i criteri di imputazione oggettiva, i quali permetteranno di determinare la causalità giuridica. Questi permettono di rispondere alle domande "chi risponde?", "di quante conseguenze?". Questa imputazione oggettiva implica che non è sufficiente la volontarietà dell'azione, ma che dovrà esaminarsi tutto il procedimento posteriore, che è stato la causa scatenante del danno, per imputare la responsabilità. Quel danno può essere attribuito solo quando ragionevolmente derivi dalla condotta iniziale secondo il divenire normale degli avvenimenti.

²² Si trovano anche le seguenti sentenze, che rimarcano la differenza tra causalità materiale e giuridica; così la sentenza n. 7476 del 26 settembre 2006 e la n. 3724 del 7 giugno 2006 parlano di come nel caso concreto non possa aversi luogo a responsabilità civile, poiché nonostante si constati una causalità materiale, non si configura la causalità giuridica.

I criteri che espone la dottrina sono vari²³ e permettono di concludere, a chi sta analizzando un caso di responsabilità, che dopo essersi provato che il danno fu causato effettivamente da un determinato fatto (causalità materiale), l'ordinamento giuridico accetta tale causalità come giuridicamente rilevante.

In relazione all'onere della prova del nesso di causalità, il TS ha sancito che, salvo casi eccezionali, tale onere spetta al querelante, ossia colui che pretende l'indennizzo. Tale onere non si modifica nei casi di responsabilità oggettiva. Il querelante non può pretendere di essere risarcito con la sola affermazione dell'esistenza di un danno; dovrà provare il fatto generatore, il danno e almeno gli elementi che permettano di analizzare l'esistenza della relazione causale tra i due; non sempre, tuttavia, il querelante ha l'onere della prova di tutto, poiché nel caso in cui ci sia colpa presunta, non dovrà provare la condotta del responsabile affinché gli sia attribuito tale fatto, ma solamente il fatto medesimo²⁴.

Si prospettano una serie di possibilità nel caso in cui non si riesca a dimostrare la causalità

1. Si assolve il querelato.
2. Lo si condanna. Tale caso è eccezionale, ci sono tuttavia ipotesi in cui per una finalità probatoria ardua da superare per il querelante, e tenendosi in considerazione la situazione attuale del danno, si comprende che l'unica possibilità è considerare che tale nesso fosse esistito realmente. Così accade nella sentenza n. 6783 del 23 aprile 1992 dove viene condannata la vendita di olio di colza denaturato per uso umano, benché la ragione dello scatenamento della malattia non fosse mai chiarificata in modo assoluto.
3. Si considera non necessaria la dimostrazione del nesso causale se, ad esempio, il querelato riesce ad esonerarsi dimostrando l'inesistenza della colpa, quand'anche questa

²³ Elenchiamoli: rischio concesso o rischio generale della vita (sono i rischi che si presentano per il solo fatto d'esistere), divieto di regresso (impedisce di retrocedere indefinitamente nella catena causale), posizione del garante (colui che ha il controllo di una situazione), criterio della provocazione (esclude colui che causò direttamente il danno, se ciò lo fece perché un terzo lo stava provocando), il fine di protezione della norma alla base della responsabilità (ambito di protezione della norma), criterio di incremento del rischio, causalità adeguata o causa efficiente (si suole citare in casi rari e si associa con l'antecedente che secondo il corso normale degli eventi è stato causa diretta ed immediata), principio di sicurezza-fiducia (tutti agiamo basandoci su una minima fiducia verso gli altri, pensando che osservino una diligenza propria), consenso della vittima (non c'è imputazione se la propria vittima ha disposto del suo bene giuridico, consentendo l'atto che lo ha lesionato) e assunzione del proprio rischio (la vittima assume l'attività conoscendo il rischio del danno).

²⁴ Per esempio, nel caso di un frigorifero che esplode danneggiando l'occhio del compratore, questo dovrà provare l'accaduto e che il danno nell'occhio fu per il vetro contenuto nel frigorifero. Non dovrà provare la negligenza del produttore dello stesso, anche se non basterà nemmeno la semplice affermazione del fatto e del danno.

fosse necessaria. Per esonerarsi da tale responsabilità, il querelato dovrà provare una delle circostanze che rompono tale nesso di causalità come il caso fortuito o la forza maggiore, il fatto di un terzo o il fatto della vittima.

In alcune materie specifiche possono incontrarsi altre circostanze di esonero, come nell'ambito contrattuale in armonia con gli artt. 457, 1096.3 e 1183 del C.C. Tuttavia, come prevede l'art 1105 C.C. *"al di fuori dei casi espressamente menzionati dalla legge, e di quelli in cui così prevede l'obbligazione, nessuno risponderà di quegli eventi che non si sarebbero potuti prevedere o che, anche se previsti, sarebbero stati inevitabili"*. Si deve fare un'analisi di imprevedibilità e inevitabilità di dette cause affinché si generi l'esonero.

Può darsi che detta prova rompa totalmente la causalità e pertanto lo liberi dalla responsabilità o che lo dispensi parzialmente, ad esempio, nel caso di colui che ha concorrenza nella colpa con un terzo o con la vittima (artt. 1902 e 1101 C.C.)

1.3.5. Il danno

Il danno è uno degli elementi fondamentali della responsabilità civile, in mancanza del quale quest'ultima non avrebbe luogo. Come già segnalato, ciò ha fatto sì che molti autori si riferissero a questa figura come *"derechos de daños"*, considerando non solo il ruolo fondamentale del danno ma anche la funzione principale della responsabilità, consistente nel risarcimento dello stesso.

Nonostante l'importanza posseduta da questo concetto nella materia, è difficile incontrare una definizione legale che serva alla teoria comune della responsabilità civile. Incontriamo l'art. 1902 C.C., il quale sancisce l'obbligazione di *"riparare il danno causato"*, senza riferimento alcuno alla nozione di danno né alle sue caratteristiche.

In dottrina è possibile imbattersi in diverse accezioni. Una definizione classica e oggettiva del danno la incontriamo con Larenz (giurista e filosofo del diritto alemanno) il quale lo definisce come *"ogni pregiudizio che, a seguito di un accadimento o evento determinato, soffre una"*

*persona nei suoi beni vitali o naturali, nella sua proprietà o nel suo patrimonio*²⁵. Di opinione classica anche Scognamiglio che considera come il danno sia simile alla lesione di un interesse o di un determinato bene che serve a soddisfare detto interesse, o la perdita o disponibilità del godimento di un bene (come nei casi di sottrazione del possesso di una cosa)²⁶. A questi concetti classici sono stati affiancati altri elementi, come l'antigiuridicità, definendosi il danno come ogni diminuzione materiale e morale causata (che soffre una persona e della quale deve risponderne un'altra²⁷), contravvenendo ad una norma giuridica. Roca Trias incentra il suo studio a partire dal derecho de daños e lo definisce come *“un pregiudizio che può derivare dall'inadempimento del contratto o da lesioni causate per mezzo di azioni od omissioni che hanno come scopo l'intenzione di danneggiare. Oggi si includono anche i danni permanenti o quelli che siano conseguenza dell'esercizio di attività rischiose”*.

Dunque, se ci concentriamo unicamente nel concetto di danno, possiamo dire che questo costituisce una lesione ad un bene o interesse giuridico protetto, rilevante per la responsabilità civile.

Caratteristiche del danno.

Certezza. Il danno deve essere certo, relativamente alla sua presenza al momento della denuncia²⁸ e alla sua quantificazione²⁹. Questo è un tema principalmente probatorio, e chi lo allega deve dimostrarne la sua esistenza. Nel caso del danno morale, il Tribunale Supremo nella sentenza 5089 del 31 maggio 2000 segnala che non sono necessarie le prove di tipo oggettivo.

²⁵ K. Larenz, *Derecho de obligacione*, trad. española de SANTOS BRIZ, I. Madrid, 1959. Y notas T. I. Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 193. Citado en E. Vicente Domingo, op. cit., págs. 303 y ss. También, en j. L. Concepcion Rodriguez, op. cit., págs. 72 a 80, y en Diez Picazo, L., op. cit., pág. 307.

²⁶ Scognamiglio, R. *Voz Risarcimento del danno*, de Novissimo Digesto Italiano, vol. XVI, Ed. Torino, 1969. Pág.7.

²⁷ J. Santos Briz, *J La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. 3ª ed., Ed. Montcorvo, S.A. Madrid, 1981, pág. 126.

²⁸ La sentenza n. 2912 del 9 aprile 1996 dice che i danni devono esistere realmente nel momento in cui si esercita l'azione

²⁹ Santos Briz afferma che *“nella valutazione del danno devono prendersi a riferimento tutte le ripercussioni che il danno stesso abbia causato nel patrimonio del danneggiato; deve venir indennizzato tutto quello che una persona ha sofferto in relazione alle conseguenze del fatto di cui risponde l'agente”*.

Attuale o futuro. Il danno che si rivendica può esistere al momento della denuncia oppure può presentarsi nel futuro. In questo ultimo caso deve essere considerata la caratteristica della certezza, ossia deve essere comprovata la sicurezza che questo venga in essere (ad esempio un danno emergente futuro o un conto da pagare). Non può trattarsi di un danno aleatorio o meramente eventuale.

Diretto o mediato – indiretto. È unanimemente accettato come il danno non debba fare riferimento solo a ciò che è causato direttamente alla vittima, dal momento che sono indennizzabili anche i danni causati a terzi come conseguenza di quelli percepiti direttamente dalla vittima. Non deve sussistere una relazione parentale tra la vittima ed il terzo, tuttavia deve essere dimostrato il pregiudizio subito come conseguenza del fatto dannoso. Si parla così di danno diretto e mediato (o indiretto).

Antigiuridicità. Questo concetto deve differenziarsi dalla condizione di antigiuridicità del fatto generatore poiché qui non ci riferiamo alle circostanze per mezzo delle quali lo stesso si produce, bensì alle caratteristiche proprie del danno.

Avendo certezza dell'esistenza del medesimo, è necessario che si produca una lesione ad un interesse giuridicamente protetto. Ma a quale categoria di interesse? Non può dirsi che il requisito sia soddisfatto unicamente quando si siano lesionati diritti soggettivi e nemmeno perché sono stati violati doveri giuridici, perché ciò limiterebbe enormemente l'ambito di applicazione. Inoltre deve considerarsi che in materia extracontrattuale non ci sono doveri espressi nella legge o patti stipulati dalle parti che siano possibili da constatare al momento del danno, come viceversa potrà accadere più facilmente in materia contrattuale³⁰.

Se si considera che nell'ordinamento giuridico spagnolo non è necessaria né esiste una lista tassativa che abbracci tutti i beni che devono essere protetti, deve allora ampliarsi la concezione di antigiuridicità, senza pretendere l'esistenza di un catalogo che contenga tutti

³⁰ L. Díez Picazo, (Derecho de daños... cit., pág. 290), y L. DIEZ PICAZO, (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. 5, *La responsabilidad civil extracontractual*, 1ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 297 y 331).

i reati che generano responsabilità³¹. La libertà d'azione è un principio generale che regge la condotta umana (almeno nell'ambito del diritto privato) e su questo agisce il sistema del *derecho de daños* come limite.

Inoltre non tutti i danni causati a terzi o parti contrattuali sono risarcibili. Ci sono danni che ogni essere umano dovrà accettare, pertanto è necessario determinare quando questi dovranno essere risarciti e quando no.

Per iniziare con un concetto generale è giusto affermare che l'antigiuridicità si riferisce precisamente a quelle lesioni di interessi degni di tutela giuridica, che la vittima non è obbligata a sopportare³².

Esistono danni che l'ordinamento giuridico non respinge, che alcune volte tollera e perfino può promuovere sia perché sono talmente minimi da non costituire una lesione (danno tollerabile), sia perché sono conseguenza del rischio che implica il vivere stesso, sia, infine, perché l'ordinamento giuridico non protegge tale bene lesionato. Inoltre, non è previsto risarcimento se il danno è causato nell'esercizio legittimo di un diritto, dato che per regola generale, se il danno si genera nell'ambito di un'attuazione libera e protetta dall'ordinamento giuridico, non determina nessun diritto al risarcimento, salvo l'esistenza di prerogative giuridiche o speciali doveri di condotta. L'uso del diritto infatti non genera responsabilità a meno che non si converta in abuso (art. 7 C.C.) o che ci sia conflitto di diritti³³. Nel caso ci fosse consenso da parte della vittima, non si avrà luogo ad un danno risarcibile, dal momento che questa ha deciso espressamente di disporre del proprio bene o diritto.

³¹ Esistono principi fondamentali e beni protetti costituzionalmente e penalmente, ma non sono racchiusi lì tutti i tipi di danni. Devono considerarsi anche le convenzioni che prescrivono la protezione dei diritti, come il caso della Convenzione di Roma, che nel suo art. 8 prescrive il diritto di tutte le persone al rispetto della vita privata e familiare.

³² E. Roca Trias e M. Navarro., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 . Diez Picazo (*Fundamentos... cit.*, pág. 300) dice al riguardo: "commettere un reato delittuoso vuol dire lesionare un diritto senza potersi giustificare in un diritto superiore o per lo meno equivalente. Tale atto è illecito e compromette la responsabilità del suo autore, poiché presuppone una rottura dell'equilibrio giuridico che solo la condanna al risarcimento può ristabilire".

³³ Diez Picazo, L. *Fundamentos... cit.*, pág. 301 y ss. Nel caso di conflitto di diritti dovrà ponderarsi il valore del bene e determinare quale prevale.

Nell'ipotesi di danni causati dalle attuazioni delle Amministrazioni, per regola generale non è imposto al pregiudicato il dovere giuridico di sopportarli³⁴.

Nel caso dei danni morali, trattandosi di un concetto ampio, ci sono molte interpretazioni utili per determinare se ad essere lesionato fu un interesse tutelato giuridicamente. Questo tema resta alla discrezione dei Tribunali e sono multiple le sentenze in cui viene sollecitato: ad esempio la sentenza n. 5490 del 30 giugno 2009 la quale riconosce l'eventualità dei danni per colpa extracontrattuale nell'ambito delle relazioni conseguenti ad una crisi matrimoniale; la sentenza n. 4610 del 6 giugno 1997 analizza la presenza di un danno causato dalla nascita di un bambino affetto dalla Sindrome di Down, considerando che il pregiudizio consiste in *"ciò che si sarebbe potuto evitare data la disposizione della madre ad interrompere la gravidanza entro i parametri normali, basandosi il danno sulla violazione del principio della protezione della fiducia legittima"*³⁵.

Nella sentenza n. 4275 del 5 giugno 1998 si analizza una legatura delle tube e successiva gravidanza, e si considera che esiste un danno morale risarcibile nella misura in cui genera un'impotenza che è contraria radicalmente all'art 24 CE³⁶.

Per ultimo, nella sentenza del Tribunale Supremo n. 7799 del 3 ottobre 2000, viene analizzato il caso della nascita di un figlio non desiderato dopo essersi l'interessato sottoposto a vasectomia, considerandosi che *"potrebbe esistere un danno morale, se concorrono i requisiti necessari, nel caso in cui si fosse leso il potere della persona di autodeterminarsi, cosa che costituisce"*

³⁴ Il Regolamento Comunale delle Amministrazioni Pubbliche e della Procedura Amministrativa Comune plasma normativamente tale requisito al suo art. 141.1. Così può accadere, tra le altre ipotesi, quando si ritiene che l'attività amministrativa generi un rischio o un sacrificio speciale per una persona o un gruppo di persone le cui conseguenze dannose non devono essere sopportate dai danneggiati o quando sussiste un mandato che impone l'assunzione delle conseguenze dannose o negative delle attività realizzate da parte di chi le porta a termine.

³⁵ In un caso simile, denominato *wrongful birth*, la sent. 10149 del 21 dicembre 2005 esprime che il danno derivato dall'evento non è patrimoniale, e consiste nella "sofferenza e patimento occasionato dalla nascita e ulteriore crescita di un figlio disabile che prevedibilmente non potrà mai cavarsela da solo e che può arrivare a raggiungere età media. Ciò è la conseguenza di un danno effettivo e perfettamente individuabile".

³⁶ La sentenza considera che il danno non è prodotto dalla gravidanza non desiderata. "Non si può avere tale punto di vista, perché la vita umana è un bene prezioso in qualunque società civilizzata il cui ordinamento giuridico protegge prima di tutto e sopra tutto. Non può ammettersi che la nascita del figlio non previsto sia un male per i genitori, tantomeno quando, come nel presente caso, i nati non presentano tare o malattie tali che possano servire da scusa per sostenere la presenza di un danno. Altra cosa è il fatto che il patrimonio dei genitori debba affrontare maggiori spese o che possa conseguire l'abbandono dal lavoro di fronte alla gravidanza inaspettata".

*a sua volta una lesione della dignità della persona stessa*³⁷. Al fine di determinare il danno, il tribunale non prende in considerazione l'importo delle somme destinate al mantenimento del figlio inaspettato, poiché questo costituisce per i genitori un'obbligazione nell'ordine delle relazioni familiari imposta dall'ordinamento giuridico, tant'è che il danno sofferto non sarebbe antiggiuridico, esistendo per questi l'obbligo di sopportarlo.

Come detto precedentemente si scorge come non sia semplice determinare con chiarezza quali danni siano risarcibili, dal momento che questa determinazione dipenderà dall'analisi casistica, per mezzo della quale si potrà capire se il danno fu causato a un bene o a un interesse giuridicamente rilevante, riesaminando nell'insieme se il sistema giuridico conferisce al bene alcun tipo di protezione e valutazione e analizzando se si rientri in alcuna delle ipotesi di esclusione.

Possiamo concludere dicendo che, considerando il sistema della responsabilità civile, ogni danno deve essere risarcito tranne i casi in cui l'interesse lesionato non sia degno di tutela o sia oggetto di minore tutela giuridica e pertanto il suo titolare debba sopportarlo.

Tipi di danno.

Possiamo individuare principalmente due gruppi:

Danni patrimoniali. Sono i danni che colpiscono un insieme di beni e diritti di natura patrimoniale della vittima. Vengono risarciti conformemente al valore che i beni danneggiati hanno sul mercato.

Si distinguono il danno emergente e il lucro cessante e si relazionano con il principio di riparazione integrale e con l'art 1106 C.C.

Il danno emergente è la perdita economica subita, ossia l'effettiva diminuzione del patrimonio del danneggiato (creditore) causata dalla mancata, inesatta o ritardata

³⁷ La sentenza continua dicendo che: "questa dignità è un valore giuridicamente protetto, perché, come dice il Tribunale Costituzionale nella sentenza n. 53 dell'11 aprile 1985 «la nostra Costituzione ha elevato a valore giuridico fondamentale la dignità della persona che, senza pregiudizio dei diritti che le sono inerenti, si trova intimamente vincolata con il libero sviluppo della personalità [...]». In effetti, come aggiunge il Tribunale Costituzionale «la dignità è un valore spirituale e morale inerente la persona che si manifesta singolarmente nell'autodeterminazione cosciente e responsabile della propria vita [...]». Inoltre, deve aversi in considerazione che questo è un ordinamento ispirato al principio della libertà ideologica (art. 16 della Costituzione).

prestazione del debitore. Si pensi, ad esempio, a un chirurgo che erra nel proprio operato costringendo il paziente a sottoporsi a un ulteriore intervento correttivo particolarmente costoso (in tal caso, il danno emergente sarà la spesa sostenuta per l'intervento correttivo).

Il danno emergente è, inoltre, qualsiasi danno che si subisce anche a prescindere da un rapporto contrattuale (c.d. danno extracontrattuale). È il caso, ad esempio, di un incidente stradale: è un danno emergente il costo sopportato per riparare il paraurti dell'auto danneggiata.

Il lucro cessante, invece, è il mancato guadagno che consegue all'illegittimo comportamento altrui: si fa riferimento ad una situazione futura e non ad una presente come nel danno emergente. In questo caso si guarda alla ricchezza che il creditore non ha conseguito in seguito al mancato utilizzo della prestazione dovuta dal debitore oppure, al di fuori di un rapporto contrattuale, alla perdita di chance (possibilità) di guadagno che il fatto illecito provoca al danneggiato. Ad esempio, se il fornitore non consegna un determinato quantitativo di stock di materia prima, impedisce all'azienda di vendere il prodotto finito per il quale ha già ottenuto un ordinativo. O, ancora, si pensi al caso di un agente di commercio che, a causa di un frattura riportata dall'altrui condotta illecita, non ha potuto lavorare per tre mesi; in questi due esempi sopra menzionati il mancato reddito è un danno qualificabile proprio come lucro cessante.

È chiaro che, trattandosi in questo caso di un evento futuro e solo prevedibile, per ottenere il risarcimento sarà necessaria una ragionevole certezza circa il suo accadimento e, quindi, una prova particolarmente rigorosa e non semplicemente presuntiva.

Danni extrapatrimoniali o morali. Si tratta di danni o lesioni a beni giuridici che non fanno parte del patrimonio della vittima. Si colpiscono beni di carattere extrapatrimoniale che per loro tale natura, non sono suscettibili di essere riparati in senso stretto, ma solo se è dato loro un valore affinché la vittima sia indennizzata. La loro prova e quantificazione presenta grandi problemi, se si considera che sono beni immateriali che non hanno valore sul mercato.

Tale categoria di danno non possiede una regolazione nel Codice Civile, benché sia riportato nel codice penale e in alcune leggi speciali, come, ad esempio, nel Regio Decreto Legislativo n. 6 del 29 ottobre 2004, dove si approva il Testo Consolidato della legge di Ordinamento e Vigilanza degli Assicuratori Privati e nella Legge Organica n. 1 del 5 maggio 1982, di Protezione Civile del Diritto all'Onore, all'Intimità Personale e Familiare e alla Propria Immagine.

All'inizio si trattò del concetto *pretium doloris*³⁸, definendolo unicamente come il dolore, la sofferenza e il patimento fisico o psichico ingiustamente causato. Oggigiorno si accetta la presenza di detta sofferenza extrapatrimoniale o della persona come conseguenza di attività e aggressioni causate a beni materiali in maniera diretta, e chiaramente la loro compensazione non implica la reintegrazione di un patrimonio, ma cerca di proporzionare, nella misura più umanamente possibile, una soddisfazione come compensazione alla sofferenza che si è causata.

I casi in cui si stimano esistenti questi tipi di danni sono in aumento, andando a ricomprendere i beni della persona, i pregiudizi estetici o i danni alla vita di relazione. Perfino il TS nella sentenza n. 3501 del 20 febbraio 2002 ha accettato questo tipo di danno nei soggetti giuridici "*per l'aggressione al prestigio, dignità e stima morale dell'impresa*".

Si può concludere in termini generali, che il danno è un pregiudizio che soffre la vittima e che può reclamare giuridicamente al causante tenuto legalmente a risarcirlo.

Essendo quello spagnolo un sistema di codificazione aperta nel quale i casi che conducono al risarcimento dei danni non sono fissati in maniera tassativa nella legislazione, è necessaria una delimitazione dottrinale o giurisprudenziale con criteri e modelli chiari al fine di evitare eccessi nella riparazione e creare maggiore sicurezza giuridica³⁹.

³⁸ Si tratta del *compenso pecuniario* dovuto dall'autore di un reato alla vittima che abbia subito, a seguito del reato, *sofferenze psico-fisiche* (dolore, angoscia, ansia) o *pregiudizi sociali* (discredito da diffamazione), cioè, in generale, danni non patrimoniali, ma morali. Il *pretium doloris* non ha lo scopo di reintegrare il patrimonio della vittima, bensì di attribuirgli una soddisfazione che compensi il male sofferto. Talvolta, il *pretium doloris* può spettare anche ad una persona giuridica (si pensi ad un ente oggetto di una campagna diffamatoria).

³⁹ E. Vicente Domingo, *El daño en Tratado de responsabilidad Civil*

Come abbiamo visto attraverso l'esame degli elementi e dei casi della responsabilità civile, il principale obiettivo è quello di risarcire la vittima e ciò ha comportato l'inversione dell'onere della prova e la presenza di nuovi tipi di imputazione, come quella oggettiva.

È emersa recentemente anche la "dottrina del danno sproporzionato"⁴⁰, come conseguenza dell'impossibilità di provare con certezza gli altri elementi della responsabilità, potendo questi essere intuiti⁴¹. Il seguente esempio illustra la logica del sistema spagnolo: un bambino di quattro anni viene sottoposto ad un intervento chirurgico per l'asportazione delle adenoidi; l'indomani viene rilevato un quadro febbrile attribuito ad un'otite; non si procede alla somministrazione di antibiotici, le condizioni del bambino peggiorano e quattro giorni più tardi gli viene diagnosticata una meningo-encefalite che gli causa una paralisi cerebrale; benché non si sia potuto dimostrare il rapporto causa effetto tra l'intervento e la meningo-encefalite, l'ospedale è stato denunciato perché si è ritenuto che l'esito dell'intervento era sproporzionato rispetto all'intervento attuato.

Ciò accade quando ci troviamo di fronte ad un danno sproporzionato e si sostiene una deduzione di negligenza, poiché si intuisce che tale danno si produrrebbe solo per una condotta negligente del querelato, benché non si conoscano esattamente i dettagli. Come previsto nella sentenza n. 8938 del 2 dicembre 1996 si tratta di *"una presunzione sfavorevole che può generare un pessimo risultato, quando questo per la sua sproporzione con ciò che è usuale comparativamente, secondo le regole dell'esperienza e del sentito comune, rilevi orientativamente la carenza colposa del mezzo impiegato, secondo lo stato della scienza e le circostanze di tempo e di luogo, o l'incuria nel suo uso conveniente e precario"*⁴².

⁴⁰ Esempio è ammesso che il paziente debba sopportare i danni derivanti da un intervento chirurgico potendo sporgere denuncia soltanto quando essi superino quanto staticamente prevedibile; vi è quindi una denuncia che si richiama al c.d. "danno sproporzionato". Tale esempio illustra proprio la logica del sistema spagnolo

⁴¹ Questa teoria è stata trattata dalla dottrina angloamericana, da quella tedesca e da quella francese. Nel TS la troviamo nelle seguenti sentenze nn. 2389/1992 – 9427/1998 – 4895/1999 - 8794/2001 - 451/2004 – 808/20043721/2007 - 3115/2007 – 162/2009 – 5151/2010.

⁴² <https://supremo.vlex.es/vid/sanitaria-secuelas-quirurgica-mala-praxis-24301017>

La considerazione di un pregiudizio *in re ipsa*⁴³ non è applicabile a ogni inadempimento, bensì unicamente a quello che evidenzia di per sé l'esistenza del danno. È stato frequentemente utilizzato nella responsabilità medica, ma è possibile incontrarlo in altri ambiti. Così, ad esempio, nel caso della mancata consegna di un immobile, perché è evidente il pregiudizio determinato per la perdita del suo valore d'uso⁴⁴.

1.4. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

1.4.1. Responsabilità contrattuale

La responsabilità contrattuale deriva dall'inadempimento totale, parziale o tardivo di un'obbligazione determinata all'interno di un contratto; si tratta di un dovere giuridico incompiuto, derivato dalla legge che regola la natura del contratto al quale ci stiamo riferendo o dal patto tra le parti, grazie all'autonomia della volontà che concede loro la legislazione civile. Tale responsabilità, quindi, ricade sul soggetto debitore obbligato a risarcire i danni cagionati al creditore dalla inesatta esecuzione della prestazione dovutagli in virtù del rapporto obbligatorio tra loro sorto, avente come fonte un contratto o qualsiasi atto o fatto (mentre nel caso di responsabilità da fatto illecito si suole dar il nome di responsabilità extracontrattuale) idoneo a produrre un'obbligazione.

Il principio generale consiste dunque nel non danneggiare il creditore.

Inoltre, come si è potuto vedere negli elementi della responsabilità civile, deve sussistere un titolo di imputazione soggettiva e una relazione con il danno. Si riferisce a questo il Codice

⁴³ Spesso si dice che il danno è "*in re ipsa*", proprio per indicare che non è richiesta una prova del danno, in quanto lo stesso fatto è di per sé considerato un danno.

⁴⁴ Questo caso è analizzato nella sentenza 5808 del 23 luglio 1997. Tale sentenza afferma che: "la mancata consegna di un immobile produce di suo un danno al creditore, quale è quello rappresentato dal valore d'uso; è un danno *in re ipsa* che obbliga al suo risarcimento".

Civil nell'art. 1101: "sono soggetti al risarcimento dei danni e pregiudizi causati coloro che, nell'adempimento della propria obbligazione, incorrono nel dolo, nella negligenza o nella morosità, e coloro che in qualunque modo contravvengono al tenore dell'obbligazione stessa".

1.4.2. Responsabilità extracontrattuale

La responsabilità extracontrattuale o Aquiliana ha la sua origine in un plebiscito romano del III secolo a.C. denominato *Lex Aquilia de damno (iniuria dato)*.

Divenne Lex in seguito alla Lex Hortensia del 286 a.C. che equiparò il *plebiscitum* alla *lex*; *Aquilia* perché promossa dal tribuno C. Aquilio; de *damno iniuria* dal momento che era volta a punire quanti avessero arrecato, con un loro comportamento contrario al *jus (iniuria)*, un qualsivoglia danno a beni appartenenti al soggetto interessato.

Fondamento della responsabilità aquiliana è il principio del c.d. "*alterum non laedere*" sostanzialmente corrispondente a quello ("non fare agli altri...", il *no dañar a otro* spagnolo) già presente nel pensiero orientale (Lao Tze) di un paio di secoli prima e, addirittura, nell'ancora più remoto Codice di Hammurabi, fino ad arrivare al successivo e forse più noto richiamo evangelico.

Tale responsabilità contiene elementi imprescindibili come il fatto dannoso, la colpa e il nesso causale. Nel sistema giuridico spagnolo la responsabilità civile si riferisce esclusivamente a quella extracontrattuale ed il suo punto di partenza è proprio l'art. 1902; sussiste quindi tale responsabilità ogniqualvolta si verifichi una lesione del principio del "non recare danno ad altri" indipendentemente dalla violazione di un precedente rapporto obbligatorio.

Azione od omissione. L'art. 1902 C.C. stabilisce un regime di responsabilità per fatto proprio, basato nella condotta umana, cosciente e volontaria, che esclude dal sistema di responsabilità gli eventi naturali che causano un danno. Si tratta solitamente di una condotta attiva, tuttavia alle volte può trattarsi anche di una condotta omissiva che dà luogo a responsabilità.

Quest'ultima pone dei problemi in relazione alla causalità, data l'impossibilità di considerare tutti i comportamenti omissivi anteriori alla produzione del danno come giuridicamente rilevanti per la sua produzione. Per questo motivo, si considerano rilevanti solo quelle omissioni che si producono quando vi è un dovere di attivarsi e sempre che la condotta omessa sia in grado di evitare o almeno diminuire il danno.

Maggiori difficoltà presenta l'omissione semplice, consistente nell'astenersi dall'agire, in quei casi in cui il presunto responsabile non si trova nell'esercizio di un'attività propria, come accade quando non si soccorre uno sconosciuto ferito; in relazione a questa ipotesi, consideriamo indiscutibile che deve rispondere chi si astiene dall'agire con l'intento di danneggiare, e perfino chi non ha questo proposito, omettendo un dovere imposto dalla legge.

Nesso causale. Nel diritto romano, per concedere con successo la riparazione del danno causato dal delitto privato *datum iniura datum* (ossia: danno causato con un'azione giudiziaria ingiusta e temeraria), la Lex Aquilia tipizzò tre ipotesi: 1. Si stabilì come requisito necessario la causazione del danno da parte di un soggetto nei confronti di un altro; 2. Il danno doveva compiersi per mezzo di ingiuria cioè, contro un diritto altrui mediante colpa o dolo dell'agente; 3. Doveva sussistere un vincolo o nesso di causalità tra l'azione dell'agente ed il danno sofferto dalla vittima che richiedente l'indennizzo.

Per il diritto romano e il diritto moderno, la questione della causalità pone vari problemi: in primo luogo, la concorrenza di due persone nella causazione del danno; in questa ipotesi sorge il problema concernente l'attribuzione della responsabilità o il modo in cui debba venire distribuito il risarcimento; il secondo problema attiene all'attribuzione della causa del danno, ossia se possa addossarsi alla condotta di una persona o a una causa esterna o a un evento naturale, che ha concorso in qualche modo alla sua produzione.

È logicamente inammissibile che l'esistenza di un danno sia sopportata da colui che non ha influito alla sua realizzazione. È infatti necessaria una relazione causa-effetto tra la condotta

dell'agente e il danno che si produce; ossia, l'origine del danno da parte di colui che lo pone in essere è necessaria affinché si configuri la responsabilità civile, il danno e la colpa.

Il vincolo di causalità costituisce quindi un elemento speciale della responsabilità civile distinto dalla colpa. È infatti possibile che una persona causi un danno senza che nella condotta possa segnalarsi alcun tipo di colpa e negligenza.

Il problema relativo alla figura del nesso causale si radica nei casi in cui nella realizzazione di un fatto concorrono una pluralità di cause che indipendentemente dal carattere diretto o indiretto costituiscono un antecedente indispensabile per la formazione della condotta generatrice del danno. Nonostante le difficoltà che presenta la sua determinazione, la relazione causale tra il danno e un determinato fenomeno resta un presupposto della responsabilità extracontrattuale. Se si esclude il nesso non c'è responsabilità dimostrata; viceversa la presenza del nesso porta ad affrontare l'analisi dell'imputazione oggettiva dei danni al fatto che li ha causati e avere così la possibilità di imputare detto danno al presunto agente⁴⁵.

Si deve tener in conto che la causalità giuridica differisce da quella fisica. La causa della morte di una persona dal punto di vista fisico può essere uno shock anafilattico mentre la causa giuridica può essere la mancata attenzione di un terzo necessaria ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso; ad esempio, il medico che non fece con diligenza la diagnosi di un paziente o che applicò una medicazione che generò un esito fatale; in quest'ultimo caso, la causalità fisica della morte è l'arresto cardiaco e respiratorio mentre quella giuridica è un'attribuzione intellettuale (imputazione) che il diritto fa ricadere sull'agente per la sua azione od omissione.

Le cause possono originare da diverse fonti, possono derivare da fenomeni naturali o da comportamenti umani; ma, affinché siano imputabili all'agente, si richiede che le azioni od omissioni siano una *conditio sine qua non* del risultato dannoso.

⁴⁵ La sentenza 1174 del 20 febbraio 2003 ci manifesta che "la prova dell'esistenza del nesso causale risulta imprescindibile tanto se si opera nel campo della responsabilità soggettiva quanto in quello della responsabilità oggettiva".

Per determinare le attività che devono considerarsi suscettibili di imputazione causale, sono state formulate diverse teorie: la teoria della causalità diretta ed immediata del danno, prevede che il danno possa essere imputato causalmente all'agente, l'unico aspetto richiesto è che il nesso causale non sia stato interrotto dall'interferenza di altre serie causali estranee a quelle precedenti; la teoria dell'equivalenza delle condizioni venne sviluppata dalla dottrina penale tedesca⁴⁶ e disponeva che nella concorrenza dei fattori non è possibile distinguere tra le svariate condizioni che concorrono alla produzione del danno. Secondo tale concezione quindi, in presenza di una pluralità di fattori idonei a produrre l'evento, questi hanno pari valenza, per cui basta l'operatività di uno soltanto affinché si abbia imputazione. Questa teoria dell'equivalenza ha ottenuto ampi consensi per la sua semplicità; per determinare la causalità, la condotta del querelato si pone come causa del danno se si può concludere che il fatto dannoso non si sarebbe verificato se la condotta del soggetto querelato non fosse stata posta in essere; viceversa, quando la condotta del querelato non è causa del pregiudizio, ciò sta a significare che quest'ultimo si sarebbe verificato a prescindere dalla condotta stessa dell'agente.

La colpa. La definizione maggiormente accettata dalla dottrina è quella che considera la colpa un errore di condotta tale, che una persona diligente posta nelle stesse condizioni esterne in cui si trovava il danneggiante, non lo avrebbe commesso. Nella dottrina spagnola la colpa consiste nel non prevedere ciò che lo standard esige, per questo sussiste la colpa solo se il danno è prevedibile. Il giudizio di prevedibilità consiste nel domandarsi se il soggetto che occasionò il danno poteva prevedere o meno le conseguenze della sua condotta attiva od omissiva. Si esige dall'agente una previsione basata sulle regole dell'esperienza umana ordinaria, applicando così un ragionamento razionale a circostanze determinate, tale giudizio di prevedibilità determina l'intensità dell'elemento soggettivo e la quantità del danno risarcibile.

⁴⁶ Venne presentata la prima volta tra il 1860 ed il 1865 da Julius Glaser e Maximilian von Buri e adottata dal Tribunale Supremo del Reich

L'art. 1105 C.C. dispone che *“fuori dai casi disciplinati dalla legge, e nei casi in cui così prevede l'obbligazione, nessuno risponderà di quegli eventi che non si sarebbero potuti prevedere o che, anche se previsti, fossero inevitabili”*. Tale articolo manifesta dunque un regime di esclusione della responsabilità.

1.4.3. Il differente regime giuridico della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

Nonostante entrambe le responsabilità presentino la stessa finalità riparatoria con elementi comuni, esistono nella pratica importanti differenze.

La prima diversità concettuale tra le due tipologie di responsabilità deriva dal fatto che, nel caso della responsabilità contrattuale esiste un'obbligazione preventiva, derivata da un contratto, rimasta incompiuta; mentre nella responsabilità extracontrattuale, la relazione tra colui che ha causato il danno e la vittima è indipendente da una previa relazione contrattuale. Pertanto il criterio differenziatore è l'origine.

Criteri di imputazione.

Nel caso della responsabilità contrattuale il codice civile, nel suo art. 1107, regola due forme di condotta: il primo comma si riferisce all'inadempimento per negligenza o colpa, il secondo parla espressamente di dolo.

Nella responsabilità civile extracontrattuale, l'art. 1902 C.C. parla esclusivamente di negligenza o colpa; ne consegue che la responsabilità contrattuale si limita ai *“danni prevedibili o che potevano prevedersi”* (art. 1107 C.C.) quando non c'è dolo, e ciò accade qualora il debitore abbia agito in buona fede. Viceversa, se sussiste il dolo l'art. 1107 C.C. nel secondo paragrafo dispone che *“risponderà il debitore di tutto quello che è notoriamente derivante dal mancato adempimento dell'obbligo”*. Alcuni autori prevedono l'applicabilità di quest'ultima norma alla responsabilità civile extracontrattuale, apponendo come giustificazione la

presenza di *“un senso innato della giustizia nella vita sociale la quale esige che si punisca con maggiore durezza colui che agisce dolosamente rispetto chi agisce con negligenza o trascuratezza^{47”}*.

Onere della prova.

Tradizionalmente si considerava che nella responsabilità extracontrattuale la prova spettava al debitore mentre in quella contrattuale esisteva la presunzione di colpa, dovendo il debitore provare l'assenza di questa. Ciò è inesatto e insufficiente, poiché la prova dipenderà dal criterio di imputazione e, come abbiamo visto⁴⁸, entrambi hanno gli stessi criteri applicabili secondo il caso concreto.

Solidarietà.

Sancisce l'art 1137 C.C. rispetto alle obbligazioni solidali: *“la concorrenza di due o più creditori o di due o più debitori in una sola obbligazione, non implica che ognuno di quelli abbia il diritto di chiedere, né che ognuno di questi debba prestare interamente le cose oggetto della stessa. Si avrà luogo a questo solo quando l'obbligazione espressamente lo determini, costituendosi con il carattere di obbligazione solidale”*.

In sintonia con tale concetto, possiamo affermare che nell'ordinamento giuridico civile spagnolo non esiste presunzione di solidarietà, salvo diversamente pattuito in tal senso.

Alcuni autori consideravano come una delle differenze tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale riguardasse proprio questo articolo, sostenendo che solo in materia contrattuale può esistere la solidarietà, dal momento che solo in questo ambito può pattuirsi in anticipo detto regime⁴⁹.

Altri autori invece parlano di solidarietà impropria, per manifestare come anche nella responsabilità civile extracontrattuale possa presentarsi tale carattere di solidarietà⁵⁰.

⁴⁷ L. Díez Picazo e A. Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, 6ª ed., revisada y puesta al día, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 617

⁴⁸ Si veda par. 1.3.3.1

⁴⁹ L. Martínez Calcerrada, *La responsabilidad civil y la llamada imputación objetiva razonable*.

⁵⁰ Ossorio Morales y Ossorio Serrano spiegano questo concetto di solidarietà impropria nel senso che questa esiste tra due persone che sono obbligate a compiere la stessa prestazione, ed il compimento di una produce l'estinzione dell'obbligazione per l'altra, però non sussiste identità di causa obbligatoria che unifichi le diverse relazioni di debito, dato che tale obbligo non è contenuto nella legge.

Nonostante l'estesa discussione che si genera al riguardo, è possibile incontrare nella giurisprudenza l'accettazione della solidarietà in entrambi i casi di responsabilità, ricorrendo a criteri di giustizia e di equità per interpretare che l'obbligazione da risarcire è solidale⁵¹.

Prescrizione.

Costituisce una delle più importanti ed evidenti differenze.

La regola generale è la seguente: la responsabilità civile contrattuale è soggetta al termine di cinque anni, come previsto dall'art. 1964 C.C. che detta il termine per le azioni personali, mentre per quella extracontrattuale il termine è di un anno, d'accordo con l'art. 1968.2 C.C.⁵²

Le due conseguenze più importanti riguardo all'adozione di una delle due figure di responsabilità si individuano proprio nel tema della prescrizione.

L'importanza dei termini di prescrizione è radicata nella enorme differenza temporale che sancisce sia l'uno che l'altro regime di responsabilità; tale importante diversità ha comportato che talvolta si distorca il sistema per evitare l'applicazione di regole che pregiudicherebbero la vittima, quando la sua azione sarebbe in realtà prescritta⁵³.

Questa tendenza della giurisprudenza è accettata dallo stesso tribunale. Così troviamo scritto nella sentenza n. 820 del 12 febbraio 2000 *"termini così diversi che, incomprensibilmente, si mantengono nel diritto positivo spagnolo e che, certamente, producono un'incessante polemica applicativa per le logiche tensioni che emergono dalle spiegabili aspirazioni degli interessati i quali, dinanzi alla paura di subire quel severissimo termine annuale, mirano a godere del termine, sebbene smisurato, di cinque anni [...]".* Conseguentemente, non risulta strano che si faccia riferimento

⁵¹ La sentenza n. 446 del 2 febbraio 2004, intende che «la solidarietà impropria» si configura «come garanzia e protezione del danneggiato nei casi di responsabilità extracontrattuale quando nella concorrenza colposa di diverse persone si sia constatata analogia graduazione e, maggiormente, quando non è possibile la sua realizzazione nel rispettivo ambito».

⁵² M. Martín Casals e L. Domínguez esprimono su tale punto che «questa diversità di termini è quella che ha propiziato la giurisprudenza di adottare posizioni il più possibile diseguali, in funzione della giustizia del caso concreto. Sarà auspicabile un'unificazione dei termini prescrittivi, benché continueranno a porsi altri problemi riguardo gli effetti dell'interruzione (art. 1974 C.C.) e rispetto al modo di realizzare l'oggetto del processo da parte dell'attore».

⁵³ L. Díez Picazo espone che: «da una parte, ha volte si è voluto ampliare il campo di applicazione della responsabilità contrattuale inglobando in quella i danni che possono sorgere come conseguenza dello sviluppo delle obbligazioni a carattere non contrattuale». Per ogni vincolo si espone che non c'è responsabilità civile extracontrattuale «perché questa deve restare ridotta all'ambito degli incidenti tra persone che in precedenza non ebbero tra di loro relazione giuridica alcuna». Generalmente ciò serve ad evitare di applicare il termine della prescrizione extracontrattuale.

alla teoria dell'unità della colpa civile per non applicare il termine stabilito dalla responsabilità extracontrattuale (infatti, tale teoria permette, in determinate occasioni, di intraprendere l'una o l'altra azione).

Ciò a sua volta genera un problema di sicurezza giuridica, dal momento che ci sono casi in cui è perfettamente chiaro quale azione si debba applicare, tuttavia si cercano soluzioni favorevoli per la vittima nell'ambito della prescrizione, adottandosi decisioni senza argomenti giuridici solidi, non calcolando la teoria costruita al riguardo⁵⁴.

Una parte della dottrina considera che debba darsi all'istituto della prescrizione un'interpretazione restrittiva (beneficiandone la sicurezza giuridica ed essendo coscienti della finalità di questa figura) che consiste nel sanzionare la negligenza e l'indifferenza da parte di coloro che sono beneficiari dell'azione, non potendo questa essere usata senza limitazione alcuna per fare giustizia. Al riguardo, la sentenza n. 833 del 14 febbraio 1989 secondo la quale *"è costante dottrina di questa Sala⁵⁵, che l'istituto della prescrizione, per non essere ispirato ai principi della giustizia intrinseca bensì nell'idea di sanzione delle condotte di abbandono, negligenza o indifferenza nell'esercizio dei propri diritti, deve essere oggetto di una interpretazione restrittiva"*⁵⁶.

Altra parte della dottrina non è concorde con un'interpretazione restrittiva né nel considerare la prescrizione come una sanzione nei confronti del titolare dell'azione. Viene interpretato come un termine che in maniera oggettiva ha prescritto il legislatore per dare sicurezza alle relazioni giuridiche. In tal modo si esprime anche la sentenza n. 393 del 28

⁵⁴ Ugualmente lo considera anche Seijas Quintana (op. cit., pág. 23.)

⁵⁵ Le Sale che costituiscono il TS si suddividono in ordinarie – in tutto cinque e competenti in materia civile (*primera*), penale (*segunda*), contenzioso amministrativo (*tercera*), sociale (*cuarta*) e militare (*quinta*) – e speciali – in tutto quattro: Tribunale dei Conflitti di Giurisdizione (*Tribunal de Conflictos de Jurisdicción*), Sala dei Conflitti di Giurisdizione (*Sala de Conflictos de Jurisdicción*), Sala Speciale dei Conflitti di Competenza (*Sala especial de Conflictos de Competencia*) e la Sala Speciale (la *Sala Especial*) descritta dall'art. 61 delle Legge Organica del Potere Giudiziale (*la Ley Orgánica del Poder Judicial - LOP*).

⁵⁶ Nello stesso senso le sentenze nn. 916 del 16 marzo 1981 – 401 del 9 marzo 1983 – 4073 del 16 luglio 1984 – 6319 del 6 maggio 1985 – 2675 e 4777 del 9 maggio e 19 settembre 1986 – 675 del 3 febbraio 1987 – 7595 del 20 ottobre 1988 – 7619 del 2 novembre 2005 e 2707 dell'8 aprile 1997. Allo stesso modo la sentenza 726 del 6 febbraio 2007 esprime che *"è anche costante la dottrina della Sala che sostiene che la prescrizione delle azioni, come limitazione all'esercizio tardivo dei diritti nel beneficio della sicurezza giuridica, non è un istituto fondato nella giustizia intrinseca e, per questo, deve essere interpretato in modo restrittivo"*.

gennaio 1983: *“la prescrizione si fonda esclusivamente nella necessità della sicurezza del traffico giuridico e opera per il mero trascorrere del tempo, per questo è valido solo su istanza di parte”*.

È comune ad entrambi i settori della dottrina accettare che la prescrizione sia essenziale ai principi di sicurezza e di stabilità. Pertanto non può essere esposta alle interpretazioni che si hanno dei suoi termini, poiché ciò andrebbe contro il principio della sicurezza giuridica riconosciuto nell'art 9.3 della Costituzione Spagnola⁵⁷. Nonostante questo, notiamo come i tribunali si rendano conto della necessità di dare preponderanza alla sicurezza, tuttavia in alcune occasioni si percepisce come sia arduo per loro portare a termine questo compito, sembrando dare più importanza alla parte che desiderano beneficiare con la prescrizione, piuttosto che al termine che effettivamente devono usufruire nel caso concreto⁵⁸.

Un esempio recente, di quanto precede, lo incontriamo nella sentenza 4608 del 20 giugno 2006; in essa si analizza il caso di una signora beneficiaria dell'ISFAS, che *“richiese i servizi della Clinica e del dottore denunciato, senza che l'intervento fosse ricompreso tra le prestazioni coperte per detta entità, al fine puramente estetico e non riparatore [...]”*. Il TS capì che da parte della Clinica c'era stata colpa *«in eligendo»* e *«in vigilando»* insieme a una responsabilità diretta derivata dal fatto di aver praticato a una beneficiaria o affiliata dell'ISFAS un'operazione non coperta. Facendo causa al medico che operava per la clinica, con cui la parte non aveva relazione alcuna, si è opposta come eccezione la prescrizione dell'azione extracontrattuale. Il Tribunale constata una mancanza di chiarezze nel differenziare gli ambiti della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, esprimendo che *“l'azione di responsabilità fondata nella colpa contrattuale ha un regime giuridico distinto da quello fondato nella responsabilità extracontrattuale, anche se la finalità ultima è analoga, perché dall'una e dall'altra si origina la*

⁵⁷ Art. 9.3 della costituzione Spagnola: *“la Costituzione garantisce il principio della legalità, la gerarchia normativa, la pubblicità delle norme, la irretroattività delle disposizioni sanzionatorie non favorevoli o restrittive dei diritti individuali, la sicurezza giuridica, la responsabilità e l'interdizione dell'arbitrio dei poteri pubblici”*.

⁵⁸ Reglero Campos si pronuncia sul tema esponendo che *“nonostante normalmente i tribunali cerchino una soluzione che permetta alle parti di portare a termine la lite nel miglior modo, senza arrivare alla prescrizione ci sono casi nei quali risulta molto difficile accettare una responsabilità contrattuale, come accade nella sentenza n. 1038 del 1964, nella quale il tribunale considera contrattuale i danni ad abitazioni vicine causati da un incendio del locatore argomentando “che nel mezzo c'è un accordo”*. La differenza tanto abissale tra i termini di ambo le prescrizioni fa sì che in tali occasioni il TS forzi le teorie per non respingere la domanda per prescrizione.

responsabilità, che da questi due casi risulta regolata dagli articoli 1101 e 1902 del C.C.". E a partire da qui, si cerca di ampliare il campo di azione della responsabilità contrattuale, con la finalità di includere questo caso in tale responsabilità, evitando così l'applicazione della prescrizione extracontrattuale. Il Tribunale segnala inoltre che "la responsabilità contrattuale trova origine dall'inadempimento di una relazione obbligatoria tra creditore e debitore, che normalmente è un contratto, ma che può anche essere una relazione inquadrata nell'area di un qualunque servizio privato o pubblico o, in generale, in qualunque altra relazione giuridica che conceda un mezzo specifico per il suo risarcimento. Quella extracontrattuale deriva dal principio generale del non danneggiare nessuno e si produce, pertanto, con totale indipendenza dalle possibili obbligazioni contrattuali o di altro tipo che esistano tra le parti; diversità regolamentare che ha speciale importanza, posto che entrambe le responsabilità danno vita ad azioni differenti incontrando la loro principale diversità nella materia della prescrizione, con termini tanto distanti di cinque anni e un anno, rispettivamente, che hanno molto distorto il sistema risarcitorio basato in una o nell'altra responsabilità, e che suppone che esistendo l'obbligazione derivata da contratto o da una precedente relazione analoga non si debba ricorrere agli articoli 1902 e 1903 del C.C., della responsabilità extracontrattuale".

