

## INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Premessa alla seconda edizione</i>	XVII
<i>Premessa alla terza edizione</i>	XIX

### PARTE PRIMA IL DANNO

#### CAPITOLO PRIMO DANNO PATRIMONIALE

##### *Sezione Prima*

##### IL CONCETTO

1. Definizione e concetto di danno patrimoniale	3
2. Danno patrimoniale in senso naturalistico e danno patrimoniale risarcibile	7
3. Il danno patrimoniale quale figura generale ed unitaria	9
4. L'individuazione del danno in senso giuridico. La <i>Differenztheorie</i>	11
5. <i>Segue</i> . Il danno «normativo»	15
6. Il danno come lesione di un interesse giuridicamente protetto	17
7. L'aumento delle fattispecie di danno risarcibile	19
8. Danno risarcibile e analisi economica del diritto	21

##### *Sezione Seconda*

##### LA DISCIPLINA

1. La delimitazione del danno risarcibile	24
2. Il danno patrimoniale nei due tipi di responsabilità: la funzione unificante della teoria della causalità adeguata	27

	<i>pag.</i>
3. <i>Segue</i> . L'ambito del danno risarcibile: recenti teorie sul nesso di causalità	30
4. La quantificazione del danno e il cosiddetto danno futuro	33
5. <i>Segue</i> . La compensazione del lucro con il danno	35
6. La prova del danno patrimoniale	36
7. Risarcimento del danno per equivalente e risarcimento in forma specifica	37

## CAPITOLO SECONDO DANNI ALLA PERSONA

### *Sezione Prima*

#### PROBLEMI DI INQUADRAMENTO SISTEMATICO DEL DANNO ALLA PERSONA

1. Nuovi studi e nuove esperienze in tema di danno	41
2. Dal danno alla capacità lavorativa al danno alla persona in senso stretto	42
3. Danni alla salute, <i>préjudices physiologiques</i> , <i>Gesundheits-schaden</i> , <i>loss of amenities of life</i>	44
4. Il problema della valutazione delle nuove figure di danno alla persona	46
5. Indirizzi per l'inquadramento sistematico dei danni alla persona in senso stretto: il sistema francese del superamento della distinzione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale	47
6. <i>Segue</i> . Il sistema elvetico della dilatazione del modello originario di danno non patrimoniale	49
7. <i>Segue</i> . Il sistema dottrinario dell'individuazione di un nuovo modello di danno ( <i>normativer Schaden</i> ; danno personale)	51
8. <i>Segue</i> . Il sistema giurisprudenziale italiano fondato sulla revisione del tradizionale schema della patrimonialità del danno	52
9. L'inquadramento dei danni alla persona in senso stretto nel sistema giurisprudenziale italiano	54
10. Breve confutazione delle accuse di «materialismo» o di «consumismo» mosse ai nuovi criteri di valutazione del danno alla persona	56
11. «L'esempio del termometro» di Miguel de Unamuno	57

pag.

*Sezione Seconda*

## LE SEZIONI UNITE E IL DANNO NON PATRIMONIALE

- |  |    |
|--|----|
| 1. La fondamentale «premessa comune» delle quattro sentenze delle Sezioni Unite: <i>pars destruens</i> e impianto ricostruttivo  | 59 |
| 2. La <i>pars destruens</i> : il disconoscimento del danno esistenziale come autonoma categoria di danno e il superamento della tesi della irrisarcibilità del danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento delle obbligazioni | 60 |
| 3. La fragilità dell'impianto ricostruttivo  | 64 |
| 4. L'ambiguità della configurazione dell'art. 2059 c.c. come norma «a doppia soglia di ingiustizia»  | 65 |
| 5. Il rischio di divaricazioni tra il volto vetero-codicistico della norma e la sua immagine neo-costituzionale  | 66 |
| 6. L'esigenza di non rompere il vincolo di coerenza interna che dovrebbe corroborare la nuova identità dell'art. 2059  | 68 |
| 7. Unità della categoria e diversificazione dei tipi di pregiudizio emergenti dalla realtà sociale   | 70 |
| 8. La «trilogia» dei modelli di risarcimento dei danni non patrimoniali  | 72 |
| 9. Il risarcimento dei danni non patrimoniali da inadempimento delle obbligazioni  | 76 |
| 10. Il risarcimento dei danni non patrimoniali relativi ai «casi determinati dalla legge» ai sensi dell'art. 2059  | 78 |
| 11. Una questione controversa: la qualificazione del risarcimento dei danni di cui all'art. 709 <i>ter</i> c.p.c.  | 82 |
| 12. Uno sguardo incidentale al risarcimento dei danni non patrimoniali negli illeciti «endofamiliari»  | 83 |
| 13. Per concludere: l'esortazione di Renato Scognamiglio   | 85 |

*Sezione Terza*

## LE SEZIONI UNITE E LA PARABOLA DEL DANNO ESISTENZIALE

- |   |    |
|---|----|
| 1. I mobili confini del danno risarcibile   | 87 |
| 2. I diversi orientamenti in tema di danno non patrimoniale e la sentenza delle Sezioni Unite | 88 |
| 3. Categoria generale e sottocategorie di danno non patrimoniale                              | 91 |
| 4. Rilievo sistemico e conseguenze pratiche della sentenza                                    | 93 |

## CAPITOLO TERZO

## LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO

*Sezione Prima*

## IL RISARCIMENTO DEL DANNO E IL CONCETTO DI PREVENZIONE

1. Attualità del tema	97
2. Il superamento del principio dell'equivalenza tra danno subito e danno risarcibile	98
3. La quantificazione del danno ambientale	99
4. I danni punitivi nell' <i>Avant-projet</i> francese di riforma del diritto delle obbligazioni e nei <i>Principles of European Tort Law</i>	101
5. La moderna concezione dell'istituto dei danni punitivi	103

*Sezione Seconda*

## NON C'È QUIETE DOPO LA TEMPESTA. IL DANNO ALLA PERSONA ALLA RICERCA DI UNO STATUTO RISARCITORIO

1. Un provvisorio bilancio dopo le "sentenze di San Martino" delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: questioni risolte e problemi (ri)aperti	105
2. Le anomalie presenti in uno statuto risarcitorio ancora alla ricerca di una coerente configurazione	108
3. Tra reminiscenze germaniche e suggestioni francesi. L'anomalo utilizzo della categoria dei danni non patrimoniali	109
4. Asserita unitarietà della categoria e distinti caratteri strutturali e funzionali dei diversi "tipi di pregiudizio"	111
5. Dal dogma "unificante" alla prassi evolutiva dei criteri di liquidazione "aggreganti"	113
6. Oscillazioni irrisolte tra il modello pan-giurisprudenziale francese e il sistema pan-legislativo spagnolo: l'anomala contrapposizione tra tabelle giurisprudenziali e tabelle legislative	116
7. <i>Segue</i> : la difficile conciliazione tra la "Tabella milanese" designata "a vocazione nazionale" dalla Corte di Cassazione e le tabelle "settoriali" di attuazione degli artt. 138 e 139 Cod. ass.	120

pag.

- |   |     |
|---|-----|
| 8. Lo statuto risarcitorio del danno alla persona in bilico tra “risarcimento integrale” e “adeguato ristoro”. La proposta di un’applicazione generale dell’art. 2043 in ossequio al principio del “risarcimento integrale”, e di un ritorno alle origini “sanzionatorie” dell’art. 2059 c.c. | 122 |
| 9. Verso il superamento del “braccio di ferro” tra giudici e legislatori? L’ipotesi di una “fonte terza”  | 124 |

*Sezione Terza*

## LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO AMBIENTALE

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Risarcimento del danno e pena nell’art.18, l. n. 349/1986                         | 127 |
| 2. Quantificazione del danno, valutazione equitativa e danni punitivi                | 129 |
| 3. I parametri di quantificazione del danno nel d.lg. 3 aprile 2006, n. 152          | 131 |
| 4. <i>Segue</i> : la presunzione dell’ammontare del danno                            | 133 |
| 5. Danno ambientale e risarcimento del patema d’animo                                | 135 |
| 6. La funzione del risarcimento del danno ambientale tra compensazione e prevenzione | 135 |

*Sezione Quarta*

## SOMME OTTENUTE A TITOLO DI RISARCIMENTO DEL DANNO

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Regime della comunione legale e risarcimento del danno  | 137 |
| 2. Esclusione dalla comunione del risarcimento del danno alla persona  | 138 |
| 3. Rilevanza della finalità perseguita con il contratto nel caso di danno contrattuale                                 | 140 |
| 4. Applicazione dei criteri esposti nel caso di responsabilità pre-contrattuale ed in altre ipotesi di danno aquiliano | 141 |
| 5. Identità di soluzioni nel caso di credito al risarcimento del danno   | 142 |
| 6. I beni acquistati con le somme ottenute a titolo di risarcimento del danno  | 143 |

PARTE SECONDA  
LA RESPONSABILITÀ

CAPITOLO PRIMO  
RESPONSABILITÀ E RISARCIMENTO

*Sezione Prima*

LA PARABOLA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

1. Una parabola come immagine fantasiosa per sintetizzare quarant'anni di studi sulla responsabilità civile ...	147
2. ... e come rappresentazione grafica per analizzarne il relativo itinerario	149
3. Il punto d'avvio della parabola	150
4. I primi approfondimenti della dottrina italiana	151
5. Il ridimensionamento del ruolo della colpa	152
6. La ridefinizione dell'ingiustizia del danno	153
7. La doppia metamorfosi del danno	156
8. Il processo di valorizzazione delle regole speciali di responsabilità civile	159
9. Il momento presente, ovvero sia l'apice della parabola	161
10. Il profilarsi di indirizzi di sviluppo distorsivo della responsabilità civile	164
11. L'indirizzo poggiate sulla «nuova valenza costituzionale» dell'art. 2043 c.c.	164
12. La tendenza alla indistinzione tra strumenti risarcitori e meccanismi di sicurezza sociale	167
13. L'impiego deformante dell'istituto della responsabilità civile per risolvere problemi di diritto pubblico	169
14. La qualificazione in termini di responsabilità civile di peculiari figure di pena privata	172
15. I nuovi compiti della dottrina	175
16. La possibilità di un recupero della regola generale dell'art. 2043 c.c. alla sua integrità strutturale e alla sua compendiosità funzionale	176
17. L'opportunità di una catalogazione e di un riordino delle regole speciali di responsabilità civile	180
18. La necessità di una rigorosa distinzione di ruoli tra responsabilità civile e altri strumenti di protezione degli interessi lesi	184

*pag.*

19. Alla ricerca di un equilibrato assetto sistematico della responsabilità civile 185

*Sezione Seconda*

## L'ILLECITO CIVILE NELLA STAGIONE EUROPEA DELLE RIFORME DEL DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

1. Soffiano d'oltralpe venti di riforma 186
2. Francia e Germania ripensano il "diritto delle obbligazioni" 186
3. Linee di tendenza per la "modernizzazione" dell'illecito civile 189
4. La ricerca di una nuova collocazione dell'illecito civile nel sistema della responsabilità 189
5. Il processo di espansione dell'area della illiceità, e più in generale della responsabilità civile 192
6. La crescente attenzione all'esigenza prioritaria di risarcire i danni alla persona 195
7. Illecito civile e responsabilità nel codice civile: l'auspicabilità di una riforma 198
8. Il prudente sviluppo giurisprudenziale dell'espansione dell'area dell'illiceità alla stregua della regola generale dell'ingiustizia del danno 200
9. L'espansione dell'area della responsabilità civile ai danni da attività pericolose e la "riscoperta" modernità dell'art. 2050 203
10. La "vessatissima questione" della risarcibilità dei danni non patrimoniali e l'opportunità di una riforma 205
11. Il delizioso paragone di Giacomo Venezian 207

*Sezione Terza*

## L'ONERE DELLA PROVA NELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE

1. Il dialogo tra formanti 208
2. Responsabilità contrattuale e criterio di omogeneità 209
3. L'onere della prova circa l'inesattezza dell'adempimento 210
4. Sufficienza dell'allegazione e lealtà processuale 211
5. Colpa, causalità e danno nel regime probatorio delle due responsabilità 212
6. Onere della prova e concorso delle responsabilità 214

	<i>pag.</i>
7. Onere della prova e responsabilità precontrattuale	215
8. Presunzione di colpa contrattuale; presunzione di colpa extra-contrattuale	216

## CAPITOLO SECONDO

## RESPONSABILITÀ E DETERRENZA

*Sezione Prima*

## DETERRENZA, RESPONSABILITÀ CIVILE, FATTO ILLECITO, DANNI PUNITIVI

1. Il convegno senese del 2007 e la sfida della deterrenza	219
2. L'orientamento «trionfante» di una responsabilità civile precipuamente votata alla compensazione: i <i>Principles</i> di diritto europeo	221
3. <i>Segue</i> : Le iniziative di riforma codicistica in Europa	222
4. Tracce di ambiguità nascoste nell'orientamento «trionfante»	224
5. <i>Punitive damages</i> nordamericani e responsabilità civile in Europa	227
6. Sorprendenti aperture alla deterrenza	232
7. Verso una riscoperta delle «pene private»?	234
8. La perdurante attualità della «lunga e ininterrotta tradizione storica» del danno morale soggettivo e il suo carattere <i>lato sensu</i> punitivo	237
9. Danni morali soggettivi e tipizzazione legislativa	238
10. L'inalicabilità della «frontiera massima» del risarcimento del danno effettivo	239
11. Danni morali soggettivi e modalità di contemperamento tra funzione satisfattiva e funzione sanzionatoria del risarcimento	240
12. L'art. 709 <i>ter</i> c.p.c. e i tentativi giurisprudenziali di superamento dei confini della responsabilità civile	243
13. <i>Oltre</i> i confini della responsabilità civile: prospettive <i>de iure condendo</i> . I danni <i>stricto sensu</i> punitivi come sanzioni civili contro l'atto illecito autonomamente considerato	244
14. <i>Segue</i> : Il problema della loro qualificazione	246
15. <i>Segue</i> : Presupposti e modalità della loro possibile rilevanza	247
16. Tornando alla responsabilità civile per concludere	249

*Sezione Seconda***PENA PRIVATA**

1. La nozione e la varietà delle fattispecie	251
2. Pena privata e funzione punitiva della responsabilità civile	252
3. <i>Segue.</i> I danni punitivi	254
4. <i>Segue.</i> Danni punitivi e danno morale	258
5. <i>Segue.</i> Pena privata e danno ambientale	263
6. La clausola penale e l' <i>astreinte</i>	264
7. La pena privata nelle associazioni	266
8. Pena privata e diritto di famiglia	268
9. Pena privata e diritto successorio	271
10. Breve esame di altre fattispecie e considerazioni conclusive	272

*Sezione Terza***LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO PATRIMONIALE E I DANNI PUNITIVI**

1. La regola dell'«equivalenza» tra danno e ammontare del risarcimento	275
2. La difficoltà della quantificazione del danno e i limiti delle teorie tradizionali	278
3. La funzione deterrente della responsabilità civile e i danni punitivi	280
4. I danni punitivi nell' <i>Avant-projet</i> di riforma del <i>Code civil</i>	281

**CAPITOLO TERZO****LESIONE DI INTERESSI LEGITTIMI  
E RESPONSABILITÀ CIVILE***Sezione Prima***LESIONE DI INTERESSI LEGITTIMI E CLAUSOLA GENERALE  
DI RESPONSABILITÀ CIVILE**

1. Il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte	283
2. La nuova lettura dell'art. 2043 c.c.	284
3. Gli interessi protetti dall'art. 2043 c.c.	285

	<i>pag.</i>
4. L'art. 2043 c.c. come norma primaria	286
5. Lo stile della sentenza e il «sistema» prospettato	287

### *Sezione Seconda*

#### LA RESPONSABILITÀ PER ESERCIZIO ILLEGITTIMO DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA VISTA CON GLI OCCHIALI DEL CIVILISTA

1. «Il codice civile serve male per le definizioni del diritto civile dello Stato» o «esaminare tutto con la logica del diritto privato»? Un dialogo di fine Ottocento	291
2. Una svolta «epocale» di fine Novecento: la sentenza 500 e il crollo del «muro» degli interessi legittimi	292
3. Il nuovo secolo e i «ripensamenti» della dottrina civilistica	294
4. La penetrazione dei principi europei recepiti dalla nostra Costituzione e il c.d. «disegno codicistico» annunciato dal Consiglio di Stato	296
5. Verso «un diritto amministrativo paritario»	298
6. La «nuova» responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili di peculiarità	300
7. <i>Segue</i> : La specificità dell'interesse legittimo come situazione sostanziale inattiva di vantaggio	303
8. C'è bisogno di una «rete di contenimento»?	305
9. L'adattamento della disciplina civilistica tra «invenzioni» giurisprudenziali ...	307
10. <i>Segue</i> . ... e interventi legislativi	312
11. Verso una «cultura del codice civile»?	316
12. Corte di Cassazione e Consiglio di Stato: « <i>quel est de nous le plus grand?</i> »	318
13. L'attualità del monito di Silvio Spaventa	320

#### CAPITOLO QUARTO

#### ITINERARI EUROPEI NELLA «TERRA DI NESSUNO TRA CONTRATTO E FATTO ILLECITO»: LA RESPONSABILITÀ DA INFORMAZIONI INESATTE

1. Premessa	321
-------------	-----

	<i>pag.</i>
2. Due norme obsolete: il § 676 del BGB e l'art. 485 del codice civile portoghese	322
3. <i>Auskunftsvertrag</i> , <i>Selbstbindung ohne Vertrag</i> e «riscoperta» del principio del <i>neminem laedere</i>	323
4. Il sistema di <i>Common Law</i> verso un <i>basic coming together of contract and tort</i>	328
5. Dall'esempio di Pothier al «caso della cicuta»: l'evoluzione del diritto francese	331
6. Consiglio amichevole, informazione-servizio, informazione-prodotto. Centralità della seconda figura	335
7. Inesattezza dell'informazione e ingiustizia del danno. Critica delle soluzioni adottate ...	337
8. <i>Segue</i> . ... ed enunciazione dei criteri proposti	343
9. Informazioni inesatte e responsabilità extracontrattuale	345
10. Parallelismo tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale	348
11. Criteri di ingiustizia del danno e selezione degli interessi meritevoli di tutela	354
12. A mo' di conclusione: il moderno «decalogo» di un'antica sentenza elvetica	358

## CAPITOLO QUINTO

IL DECLINO DELLA *IMMUNITY DOCTRINE*  
NEI RAPPORTI FAMILIARI

1. L'immunità del coniuge e del genitore nell'esperienza di <i>common law</i>	359
2. Connessioni delle regole sulla responsabilità civile con la disciplina della proprietà e della capacità. L'incidenza del vincolo coniugale sull'applicazione delle regole della responsabilità civile: la <i>interspousal immunity</i>	365
3. <i>Unity of spouses</i> , tutela dell'«armonia familiare» e della «pace domestica» nelle motivazioni delle sentenze	368
4. L'immunità del marito per la violenza carnale commessa nei confronti della moglie	370
5. Il declino della <i>interspousal immunity</i>	373
6. Responsabilità del coniuge e comunione legale. La disciplina degli artt. 179, lett. e), e 189 c.c. Cenni sulle esperienze francese e tedesca	377

	<i>pag.</i>
7. L'immunità dei genitori per gli atti dannosi compiuti nei confronti dei figli. Origine e declino della regola	383
8. <i>Segue</i> . Gli atti dannosi commessi nell'esercizio dello <i>ius corrigendi</i>	387
9. <i>Segue</i> . Gli atti dannosi non commessi nell'esercizio dello <i>ius corrigendi</i>	390
10. L'immunità dei figli per gli atti dannosi commessi nei confronti dei genitori. L'illecito tra i fratelli	393
11. Considerazioni conclusive	394

## CAPITOLO SESTO

ANCORA SUL *FAVOR* DEL DIRITTO CIVILE  
PER GLI INCAPACI (E SU UNA INNOVAZIONE,  
DI SEGNO OPPOSTO, DELL'ORDINAMENTO FRANCESE)

1. L'art. 2047 c.c. quale norma di favore per l'incapace	403
2. La diversa norma introdotta nel <i>Code civil</i>	405
3. Una valutazione delle due regole	407

## PREMESSA ALLA II EDIZIONE

*Lo studioso interessato all'evoluzione della responsabilità civile che volesse indicare la rilevanza e i confini dell'istituto in questi ultimi decenni di vorticosi cambiamenti della realtà sociale non potrebbe prescindere da alcuni dati particolarmente significativi.*

*Il primo riguarda il grande numero e la varietà delle fattispecie sottoposte all'esame del giudice. Ciò è dovuto tra l'altro all'aumento dei casi di lesione personale riconducibili allo sviluppo delle attività industriali e agli incidenti del traffico, ma anche ad una minore tolleranza dei danneggiati rispetto alle conseguenze dell'illecito. Negli Stati Uniti sono state esercitate azioni in giudizio un tempo impensabili per il tipo di lesione considerata rilevante, nonché per l'ammontare del risarcimento richiesto, e pure nell'esperienza continentale sono state percorse strade nuove ed originali. La conseguenza, in alcuni settori, è stata una certa paralisi di attività professionali (es. medicina e chirurgia) ed una crisi del sistema assicurativo. Nel complesso gli aspetti positivi sembrano tuttavia prevalenti, soprattutto alla luce dei risultati raggiunti in tema di tutela del consumatore e dell'ambiente naturale.*

*Alle nuove frontiere della responsabilità civile si accompagna un mutamento dei suoi principi e delle sue funzioni. Le cause di questo fenomeno si ravvisano nella diffusione dell'assicurazione per i danni e dei sistemi di sicurezza sociale, da cui discende una responsabilità soltanto «formale» dell'autore dell'illecito. Risulta inoltre modificato il ruolo della responsabilità per colpa, poiché in diversi settori la colpa si considera «presunta» al fine di favorire il danneggiato. Di recente, infine, una svolta significativa nella giurisprudenza della Corte suprema ha condotto all'affermazione del risarcimento del danno in caso di lesione di interessi legittimi.*

*Nella società moderna, in definitiva, è aumentato il rischio degli incidenti e si sono moltiplicate le pretese di risarcimento, tendenti ad una integrale compensazione del danno. È diminuito, viceversa, il rischio dell'individuo di rispondere con il proprio patrimonio delle conseguenze dell'illecito.*

*I saggi raccolti nel presente volume, cercano di offrire un quadro della*

*evoluzione di questa materia, che movendo dalla scarsa disciplina ad essa dedicata nei codici ottocenteschi rappresenta oggi uno dei settori più importanti del diritto privato.*

Francesco D. Busnelli

Salvatore Patti

Gennaio 2003

## PREMESSA ALLA III EDIZIONE

*Anche negli ultimi dieci anni – il periodo di tempo trascorso dalla seconda edizione di questo volume – la responsabilità civile ha confermato di essere uno dei settori più dinamici del diritto privato.*

*Se infatti, in assenza di interventi legislativi, il sistema normativo degli art. 2043 – 2059 c.c. è restato formalmente immutato, il diritto vivente ha conosciuto importanti innovazioni, dovute soprattutto alla sensibilità ed alla cultura giuridica dei magistrati della terza Sezione civile e delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.*

*Al riguardo, già in questa pagina introduttiva, occorre segnalare le c.d. “sentenze di San Martino” del 2008 delle Sezioni Unite (nn. 26972/3/4/5), con le quali sono stati superati i due contrapposti orientamenti che si erano formati in materia di danno esistenziale, confermando la sua risarcibilità ma non la configurabilità di un’autonoma categoria all’interno del danno non patrimoniale. Ha fatto seguito, negli ultimi cinque anni, una riaccutizzazione del problema della liquidazione del danno non patrimoniale, e più in generale del danno alla persona, che ha coinvolto legge e giurisprudenza nella individuazione dei criteri liquidativi e, in particolare, nella discordante elaborazione di tabelle valutative, con emergenti profili di discussa legittimità costituzionale.*

*Un non meno significativo terreno di contrasto ha caratterizzato l’evoluzione dei presupposti e dei limiti della responsabilità civile della pubblica amministrazione, che ha visto – e vede - contrapporsi Cassazione e Consiglio di Stato in sede di interpretazione e attuazione dei principi enunciati dalla sentenza 500 del 1999.*

*Va altresì segnalata una rinnovata attenzione della dottrina in ordine alla funzione deterrente della responsabilità civile, con particolare riguardo al problema della discussa risarcibilità dei cosiddetti danni punitivi, che la Cassazione continua a ritenere (fino a quando?) contraria all’ordine pubblico.*

*Tra gli interventi legislativi «esterni» al codice civile deve invece ricordarsi quello che ha avuto ad oggetto il risarcimento del danno ambientale (d.lg. 3 aprile 2006, n. 152). La nuova disciplina, dopo avere definito il danno ambientale come «qualsiasi deterioramento significativo e misura-*

*bile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima», non superando tutti i dubbi che hanno accompagnato l'evoluzione della normativa ambientale, stabilisce che esso deve essere risarcito in forma specifica e, se non è possibile, per equivalente patrimoniale.*

Francesco D. Busnelli

Salvatore Patti

Gennaio 2013

\* \* \*

I saggi riportati devono essere così attribuiti:

*Francesco Busnelli:*

## PARTE PRIMA. IL DANNO

Sezione Prima. *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona e Sezione Seconda. Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale del Capitolo Secondo; Sezione Seconda. Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio del Capitolo Terzo.*

## PARTE SECONDA. LA RESPONSABILITÀ

Sezione Prima. *La parabola della responsabilità civile e Sezione Seconda. L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni del Capitolo Primo; Sezione Prima. Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, dati punitivi del Capitolo Secondo; Sezione Seconda. La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista del Capitolo Terzo; Capitolo Quarto. Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte.*

*Salvatore Patti:*

## PARTE PRIMA. IL DANNO

Capitolo Primo. *Danno patrimoniale; Sezione Terza. Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale del Capitolo Secondo; Sezione Prima. Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione, Sezione Terza. La quantificazione del danno ambientale e Sezione Quarta. Somme ottenute a titolo di risarcimento del danno del Capitolo Terzo.*

## PARTE SECONDA. LA RESPONSABILITÀ

Sezione Terza. *L'onere della prova nella responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del Capitolo Primo; Sezione Seconda. Pena privata e Sezione Terza. La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi del Capitolo Secondo; Sezione Prima. Lesione di interessi legittimi e clausola generale di responsabilità civile del Capitolo Terzo; Capitolo Quinto. Il declino della immunity doctrine nei rapporti familiari; Capitolo Sesto. Ancora sul favor del diritto civile per gli incapaci (e su innovazione, di segno opposto, dell'ordinamento francese).*

*Sezione Terza*

## L'ONERE DELLA PROVA NELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE ED EXTRA CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Il dialogo tra formanti. – 2. Responsabilità contrattuale e criterio di omogeneità. – 3. L'onere della prova circa l'inesattezza dell'adempimento. – 4. Sufficienza dell'allegazione e lealtà processuale. – 5. Colpa, causalità e danno nel regime probatorio delle due responsabilità. – 6. Onere della prova e concorso delle responsabilità. – 7. Onere della prova e responsabilità precontrattuale. – 8. Presunzione di colpa contrattuale; presunzione di colpa extracontrattuale.

### 1. *Il dialogo tra formanti*

La definizione del regime probatorio nei giudizi di responsabilità rappresenta un tema classico per la riflessione teorica e un impegno costante della giurisprudenza pratica.

In questa delicata materia, il dialogo tra formanti ha prodotto risultati significativi, avendo le corti recepito modelli razionali – si pensi al cd. principio di vicinanza alla prova – da tempo proposti in sede scientifica, mentre la dottrina si è impegnata nella sistemazione del complesso materiale proveniente dalla prassi giudiziale, che utilizza con frequenza gli schemi della presunzione e dell'inversione d'onere.

Talora, si è registrato anche l'intervento del legislatore, che, in settori di grande importanza sociale – si pensi al cd. danno da prodotto –, ha recepito gli orientamenti emersi dall'esperienza giurisprudenziale <sup>1</sup>.

Di particolare interesse appare l'evoluzione della regola di prova nei due grandi rami della responsabilità di diritto civile, che proprio sul terreno dell'onere probatorio misurano una tradizionale divergenza, ma anche numerosi punti di contatto e sensibili avvicinamenti <sup>2</sup>.

Non essendo possibile ripercorrere questioni che da sempre si agitano attorno agli elementi costitutivi delle fattispecie di responsabilità tra le altre, si pensi alla polemica sulla nozione di colpa contrattuale, rinver-

---

<sup>1</sup> S. PATTI, *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 705 ss.

<sup>2</sup> P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1933, 647 ss.

dita dalla dottrina francese –, ci soffermeremo nell'analisi di alcuni indirizzi recenti della nostra giurisprudenza di legittimità, che – anche in sede plenaria – ha dedicato alla prova di quegli elementi alcune importanti decisioni.

## 2. Responsabilità contrattuale e criterio di omogeneità

In primo luogo, emerge da questa analisi una notevole semplificazione del sistema di responsabilità contrattuale.

Com'è noto, secondo una risalente impostazione, l'onere della prova nei giudizi di responsabilità contrattuale avrebbe dovuto diversificarsi in ragione della domanda: ove questa avesse avuto ad oggetto l'adempimento, il creditore avrebbe dovuto provare soltanto il titolo, spettando al debitore dimostrare il proprio adempimento come fatto estintivo del diritto altrui; ove la domanda fosse stata di risoluzione contrattuale e di risarcimento del danno per inadempimento, il creditore avrebbe dovuto provare anche l'inadempimento come elemento costitutivo della sua pretesa.

Viceversa, ispirandosi al criterio d'omogeneità, la giurisprudenza di legittimità ha elaborato una regola unitaria secondo, la quale, anche per la domanda di risoluzione e di risarcimento, il creditore ha soltanto l'onere di provare titolo, mentre spetta al debitore provare l'adempimento come fatto estintivo<sup>3</sup>.

Nella formulazione della massima sono stati richiamati alcuni principi di matrice dottrinale. Da un lato, la cd. presunzione di persistenza del diritto, che, dopo la scadenza del termine di adempimento, si converte in presunzione d'inadempimento<sup>4</sup>. Dall'altro, il canone di riferibilità o vicinanza della prova, trovandosi il debitore nella miglior attitudine alla prova del fatto positivo dell'adempimento tramite la quietanza o, comunque, mediante la dimostrazione della propria condotta, mentre, secondo il brocardo *negativa non sunt probanda*, non potrebbe esigersi dal creditore la prova di un fatto negativo (non aver ricevuto l'adempimento)<sup>5</sup>.

Sulla presunzione di persistenza del diritto, devono essere richiamate le perplessità circa la sua applicazione al rapporto obbligatorio, destinato fisiologicamente all'estinzione, per il quale sembra quindi ingiusti-

<sup>3</sup> Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769 ss.

<sup>4</sup> C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*<sup>2</sup>, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979, 175 s.

<sup>5</sup> J. LARGUIER, *La preuve d'un fait négatif*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, 14.

ficato presumere l'inadempimento alla scadenza e dovrebbe, semmai, presumersi il contrario <sup>6</sup>.

Corretta appare, invece, la motivazione che fa leva sulla difficoltà per il creditore di provare il fatto negativo del mancato adempimento e sulla miglior attitudine del debitore alla prova positiva dell'adempimento <sup>7</sup>.

### 3. *L'onere della prova circa l'inesattezza dell'adempimento*

Quel che più colpisce l'estensione del criterio di omogeneità e dei suoi principi ispiratori – che non valgono, comunque, per le obbligazioni negative, il cui inadempimento ha natura di fatto positivo <sup>8</sup> – anche al caso di inesattezza dell'adempimento, in ordine al quale non si dubitava che l'onere della prova gravasse sul creditore, il quale allega la difformità della prestazione rispetto al programma obbligatorio.

In particolare, si era osservato che, lamentando l'inesattezza, il creditore ammette di aver ricevuto la prestazione e si trova nella miglior posizione per dimostrarne la difformità rispetto a quanto dedotto in obbligazione <sup>9</sup>.

Per la giurisprudenza apicale, invece, anche nel caso in cui il creditore ponga a fondamento della sua domanda di esecuzione, risoluzione o risarcimento – non l'inadempimento totale, bensì – l'adempimento inesatto, spetta al debitore provare il fatto estintivo, che qui sarebbe appunto l'adempimento esatto <sup>10</sup>.

Questa indicazione viene criticata alla luce del principio di economia della prova, poiché essa porrebbe a carico del debitore la prova di una cd. proposizione negativa indefinita, da lui esigendo la dimostrazione dell'assenza di ogni potenziale profilo di inesattezza della prestazione <sup>11</sup>.

Malgrado tali perplessità, l'orientamento può dirsi ormai acquisito, avendo trovato conferma nel settore di più esteso rilievo, qual è quello della responsabilità professionale <sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1987, 118 s.

<sup>7</sup> S. PATTI, *Prove*, cit., 119 s.

<sup>8</sup> Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

<sup>9</sup> S. PATTI, *Prove*, cit., 120.

<sup>10</sup> Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

<sup>11</sup> G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 726 ss.

<sup>12</sup> Cass. 29 settembre 2005, n. 19145, in *Foro it.*, 2006, 1, 2136 ss.

L'indirizzo va segnalato anche per l'autonomia che conferisce all'onere di allegazione in funzione del principio di lealtà processuale e collaborazione tra le parti in giudizio.

#### 4. Sufficienza dell'allegazione e lealtà processuale

Com'è noto, l'autonomia dell'onere di allegazione rispetto all'onere della prova non è affatto pacifica, essendo controverso in dottrina se per stabilire l'elenco dei fatti da allegare debba guardarsi per analogia ai principi sulla prova ovvero semplicemente alla necessità di individuazione della *causa petendi* <sup>13</sup>.

La giurisprudenza di legittimità riconosce, invece, autonomia piena all'onere di allegazione laddove stabilisce che creditore, qualunque azione egli eserciti, debba oltre che provare titolo – semplicemente allegare (e non provare) l'inadempimento o l'inesattezza dell'adempimento, in tal modo rendendo attuale l'onere del debitore di provare d'aver adempiuto e di averlo fatto esattamente (cd. principio di sufficienza dell'allegazione) <sup>14</sup>.

L'onere di allegazione fornisce una risposta alla critica secondo la quale l'indirizzo giurisprudenziale in esame porrebbe a carico del debitore cui sia rimproverato l'inesatto adempimento l'onere di provare una negativa indeterminata, concernente l'assenza dell'intera serie potenzialmente infinita – dei profili di inesattezza della prestazione.

Infatti, attraverso l'allegazione degli specifici aspetti di inesattezza, il creditore restringe l'oggetto della prova liberatoria posta a carico del debitore, trasformando in tal modo la proposizione probatoria da negativa indefinita a negativa determinata.

Si tratta di un onere ispirato ai doveri di lealtà processuale, posto a carico del creditore in funzione della collaborazione con la controparte e del riequilibrio delle posizioni nel giudizio.

Peraltro, occorre segnalare che talora l'onere di allegazione non viene spinto sino alla necessità di indicare specifici profili tecnici di responsabilità professionale, conoscibili soltanto dagli esperti del settore, ritenendosi invece sufficiente una contestazione generica d'inesattezza della prestazione <sup>15</sup>. In tal modo, tuttavia, l'efficacia determinativa dell'allega-

---

<sup>13</sup> R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova. Aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi?*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 416 s.

<sup>14</sup> Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

<sup>15</sup> Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, in *Giust. civ.*, 2005, 1, 2450 ss.

zione può risultare insufficiente a circoscrivere il tema di prova imposto al debitore.

Ancora a favore del creditore, si è stabilito che egli abbia un onere di mera allegazione (e non di prova) anche in ordine al nesso causale tra inadempimento e danno, sicché spetterà al debitore dimostrare che non vi era stato inadempimento o che esso non aveva esercitato un concreto ruolo causale nella produzione del danno<sup>16</sup>. Si accelera, così, il superamento dell'opinione secondo cui l'onere della prova in materia di causalità incombe sul creditore attore, per quanto variamente soccorso da criteri di normalità tratti dall'esperienza<sup>17</sup>. Si contribuisce, inoltre, all'appannamento del requisito eziologico, manifestatosi in alcuni settori – ad esempio, in tema di responsabilità degli amministratori di società – per effetto della tendenza ad estendere la presunzione *ex art. 1218 del cod. civ.* dall'area della colpa a quella della causalità<sup>18</sup>.

##### 5. *Colpa, causalità e danno nel regime probatorio delle due responsabilità*

Secondo l'impostazione più diffusa, la responsabilità contrattuale è governata da una presunzione di colpa, poiché l'art. 1218 del cod. civ. pone a carico del debitore l'onere di provare la non imputabilità dell'inadempimento<sup>19</sup>. Dimostrando l'inadempimento, il creditore beneficia della presunzione di colpa del debitore; a quest'ultimo rimane la prova liberatoria diretta al superamento della presunzione medesima<sup>20</sup>. Conseguentemente, l'eventuale incertezza sull'elemento soggettivo nuoce al debitore e giova al creditore<sup>21</sup>. Si tratta, peraltro, di una presunzione *cd. impropria*, che prescinde cioè da un'illazione legislativa circa la relazione tra fatto noto (inadempimento) e fatto ignoto (colpa), limitandosi a ripartire in modo speciale l'onere della prova<sup>22</sup>.

Com'è evidente, questa ricostruzione asseconda un orientamento soggettivistico, definendo la colpa come elemento presunto di natura costi-

---

<sup>16</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, 1, 455 ss.

<sup>17</sup> S. PATTI, *Prove*, cit., 121.

<sup>18</sup> S. PATTI, *La responsabilità degli amministratori: nesso causale*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 601 ss.

<sup>19</sup> G.M. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., 166 ss.

<sup>20</sup> Cass. 26 gennaio 2007, n. 1743, in *Chat. civ.*, 2007, 1, 2121 ss.

<sup>21</sup> Cass. 23 settembre 2004, n. 19133, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1239 ss.

<sup>22</sup> S. PATTI, *Prove*, cit., 112.

tutiva all'interno del fatto impeditivo – l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore che per legge rende inefficaci fatti costitutivi<sup>23</sup>.

Non ha invece trovato seguito nel nostro ordinamento la proposta di estendere per analogia alla colpa extracontrattuale la presunzione relativa che si configura per la colpa contrattuale<sup>24</sup>.

Senza alcun bisogno di sostenere la cd. presunzione di non-colpa in materia aquiliana, è certo che il danneggiato debba provare la colpa extracontrattuale poiché questa – nel modello ordinario delineato dall'art. 2043 del cod. civ. – si configura come un elemento costitutivo del diritto al risarcimento, mentre il difetto di colpa contrattuale rappresenta per legge una circostanza impeditiva<sup>25</sup>.

Anche la giurisprudenza recente conferma, ad esempio in tema di responsabilità del costruttore, che il danneggiato cui sia preclusa l'azione di responsabilità contrattuale e che debba quindi invocare un giudizio *ex art.* 2043 del cod. civ. non viene soccorso da alcuna presunzione e deve provare la colpa del danneggiante<sup>26</sup>.

Occorre tener presente, d'altro canto, che la regola posta dall'art. 1218 del cod. civ. incide attraverso la tecnica della presunzione sulla ripartizione dell'onere probatorio concernente il solo elemento della colpa, mentre non interferisce con l'applicazione della regola generale in ordine agli altri profili della fattispecie<sup>27</sup>.

Sembra corretta, quindi, l'assimilazione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale per quanto riguarda la prova del danno, che verte in ogni caso su un elemento costitutivo del diritto al risarcimento e che, perciò incombe sempre sull'attore<sup>28</sup>.

Dovrebbe essere riconsiderata, invece, la tendenza giurisprudenziale che assegna al debitore l'onere di provare l'inesistenza del nesso causale e consente al creditore di limitarsi ad allegare l'astratta efficienza ezio-

---

<sup>23</sup> S. PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2001, 116.

<sup>24</sup> Proposta formulata da F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni. Distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 617 ss., in polemica con l'impostazione tradizionale di V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*<sup>2</sup>, Roma, 1915, 976 ss.

<sup>25</sup> G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 365 ss., 449 s. (ed. originale 1941).

<sup>26</sup> Cass. 12 aprile 2006, n. 8520, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Appalto*, n. 71.

<sup>27</sup> S. PATTI, *Prove*, cit., 113.

<sup>28</sup> Cass. 18 marzo 2005, n. 5960, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Danni civili*, n. 166.

logica dell'inadempimento <sup>29</sup>. Maggiore coerenza al quadro normativo esprime l'indirizzo che assegna la prova della causalità all'attore danneggiato, senza distinguere a seconda del titolo di responsabilità, contrattuale o extracontrattuale <sup>30</sup>.

#### 6. Onere della prova e concorso delle responsabilità

La divergenza fondamentale di regime probatorio tra responsabilità *ex delicto* e responsabilità *ex contractu* investe, quindi, l'elemento soggettivo: nella prima, è onere del danneggiato attore fornirne la prova positiva; nella seconda, spetta al debitore inadempiente dimostrare l'assenza di colpa ai fini del giudizio di non imputabilità.

Questa differenza ha importanti riflessi sul tema dell'offerta di prova.

Non è raro, infatti, che colui il quale agisce per il risarcimento del danno sia in dubbio sulla natura – contrattuale o aquiliana – della responsabilità del convenuto e, prospettando entrambi i titoli, offra la prova della colpa del danneggiante. In siffatti casi, si è posta la questione se tale offerta di prova implichi rinuncia dell'attore alla favorevole posizione processuale che gli deriva dal combinato disposto degli artt. 1218 e 2697 del cod. civ., secondo lo schema della cd. assunzione unilaterale dell'onere, con la conseguenza che, in caso di mancata prova circa l'elemento soggettivo, l'attore soccomberebbe anche per la domanda contrattuale, oltre che per la domanda aquiliana. In realtà, poiché l'offerta di prova non rivela alcuna volontà di rinuncia ai benefici della presunzione di colpa e risponde invece all'interesse per l'eventuale configurazione della domanda in termini extracontrattuali, non sarebbe corretto identificare nella fattispecie l'assunzione unilaterale dell'onere e dei rischi correlati <sup>31</sup>.

Peraltro, nelle ipotesi di effettivo concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, i due regimi di prova circa l'elemento soggettivo si articolano secondo la *causa petendi*.

Così, il primo acquirente pregiudicato dalla cd. doppia alienazione immobiliare beneficia della presunzione di colpa ai fini dell'affermazione di responsabilità contrattuale dell'alienante infedele, mentre agli effetti della responsabilità aquiliana del secondo acquirente-primario trascrivente

---

<sup>29</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

<sup>30</sup> Cass. 5 giugno 2007, n. 13082, in *Foro it.*, 2008, I, 212 ss.

<sup>31</sup> S. PATTI, *Prove*, cit., 188.

deve provare che questi abbia consapevolmente partecipato all'inadempimento dell'alienante <sup>32</sup>.

La sovrapposizione dei regimi probatori può aversi anche nei confronti del medesimo convenuto, sempre in relazione al diverso titolo concorrente.

Così, in caso di discriminazione perpetrata dal datore di lavoro, potrà il lavoratore invocare titolo contrattuale, ed avvantaggiarsi della presunzione di colpa *ex art.* 1218 del cod. civ., ovvero agire per illecito extracontrattuale, dovendo provare quantomeno la colpa del datore, secondo un'opzione che terrà conto delle altre diversità di regime (in particolare, della risarcibilità del solo danno contrattuale prevedibile) <sup>33</sup>.

### 7. Onere della prova e responsabilità precontrattuale

Di notevole interesse appare il tema della prova nella responsabilità precontrattuale, in quanto l'antica disputa sulla natura – contrattuale od aquiliana – di tale responsabilità viene sovente trasferita al regime dell'onere concernente suoi elementi costitutivi.

Muovendo dal presupposto della natura extracontrattuale, si è deciso che in tanto può affermarsi la responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 del cod. civ. per recesso ingiustificato dalle trattative in quanto l'attore dimostri la difformità del recesso dal parametro della correttezza <sup>34</sup>.

In realtà, secondo il principio di miglior attitudine alla prova, dovrebbe essere il recedente a dimostrare la correttezza della propria condotta, poiché a lui soltanto è nota l'eventuale giusta causa di recesso, che l'altra parte normalmente ignora <sup>35</sup>.

Il regime probatorio nella responsabilità precontrattuale, quindi, non si conforma per intero ai modelli delle responsabilità – contrattuale ed extracontrattuale – «tipiche», assumendo viceversa connotati speciali in rapporto alla concreta attitudine di prova <sup>36</sup>.

L'osservazione vale anche per la fattispecie delineata dall'art. 1338 del cod. civ., nella quale, ove l'attore abbia dimostrato che l'altra parte cono-

---

<sup>32</sup> Cass. 9 gennaio 1997, n. 99, in *Rep. Foro it.*, 1997, *Vendita*, n. 96; Cass. 25 maggio 2001, n. 7127, in *Rep. Foro it.*, 2001, *Responsabilità civile*, n. 151.

<sup>33</sup> Cass. 25 settembre 2002, n. 13942, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1034 ss.

<sup>34</sup> Cass. 5 agosto 2004, n. 15040, in *Giust. civ.*, 2005, I, 669 ss.

<sup>35</sup> S. PATTI, *Prove*, cit., 129.

<sup>36</sup> G. PATTI, in G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, 40 s.

sceva o doveva conoscere l'esistenza della causa d'invalidità, spetterà al convenuto provare di avergliene data notizia o di essersi trovato nell'impossibilità di farlo, secondo uno schema che parrebbe evocare il disposto dell'art. 1218 del cod. civ. e che, invece, risponde al principio secondo il quale ognuno deve provare fatti che hanno origine nell'ambito di proprio dominio e deve sopportare il rischio del relativo mancato chiarimento<sup>37</sup>.

#### 8. Presunzione di colpa contrattuale; presunzione di colpa extracontrattuale

Per giustificare lo scostamento della responsabilità precontrattuale dalla regola di prova vigente in materia aquiliana, e in particolare per spiegare l'onere del danneggiante di provare la sua correttezza recesso dalle trattative in luogo dell'onere del danneggiato di provarne la scorrettezza, si è ipotizzata una presunzione di colpa del recedente, tratta da un criterio di normalità<sup>38</sup>.

Tale scostamento – come si è visto – trova la sua spiegazione nel principio di miglior attitudine alla prova, piuttosto che in una presunzione relativa di colpa, non prevista dal diritto positivo.

Del resto, da tempo si segnala un certo attaccamento – almeno in parte, ingiustificato allo schema della presunzione di colpa (*iuris tantum*, ove è ammessa prova contraria, *iuris et de iure*, nel caso opposto) per le fattispecie di responsabilità extracontrattuale che divergono dal modello ordinario delineato dall'art. 2043 del cod. civ., laddove sarebbe forse più corretto identificare regole speciali di distribuzione dell'onere della prova<sup>39</sup>.

Peraltro, la questione assai dibattuta del risarcimento del danno arrecato dallo scolaro a sé stesso appare emblematica della sostanziale equivalenza tra regime probatorio della responsabilità contrattuale ordinariamente caratterizzato dalla presunzione di colpa *ex art.* 1218 del cod. civ. e regime probatorio della responsabilità extracontrattuale aggravata da una cd. presunzione di colpa (nella specie, *ex art.* 2048 del cod. civ.).

Invero, escluso che possa evocarsi in caso di autolesione dell'allie-

---

<sup>37</sup> G. PATTI, in G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 42 ss.

<sup>38</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, 173; *contra*, S. PATTI, *Prove*, cit., 128 s.

<sup>39</sup> S. PATTI, *Prove*, cit., 122 s.

vo la disciplina posta dall'art. 2048 del cod. civ., affermata per converso la natura contrattuale della responsabilità dell'istituto scolastica e dell'insegnante, si desume che l'attore debba provare soltanto il danno verificatosi durante l'affidamento, mentre sarà onere dei convenuti dimostrare che l'evento dannoso fu determinato da causa loro non imputabile<sup>40</sup>: sembra difficile negare l'ampia coincidenza tra l'oggetto della prova liberatoria «di non aver potuto impedire fatto» ex art. 2048 del cod. civ. e l'oggetto della prova liberatoria posta dall'art. 1218 del cod. civ. a carico del debitore di sicurezza inadempiente, tenuto a dimostrare l'«impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

---

<sup>40</sup> Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635 ss.