MODULO DI PRINCIPI DEL DIRITTO CIVILE

I fatti naturali sono gli accadimenti in natura.

Fatti giuridici: sono gli accadimenti in natura che hanno un valore giuridico (morte, nascita)
Si tratta di fatti che hanno rilevanza per il diritto!
In sostanza il fatto giuridico è un fatto naturale che ha rilevanza per il diritto.
producono effetti giuridici a prescindere dalla volontà dell'uomo di produrli.
Le conseguenze giuridiche sono collegate ad un evento senza che assuma rilevanza se a causarlo sia stato l'uomo. (morte, alluvione , avulsione …)

Atti giuridici: il questo caso l'evento causativo che ha valore per il diritto postula un intervento umano.
Gli atti giuridici si distinguono in ***atti giuridici in senso stretto*** e nel ***negozio giuridico.***

Atti giuridici in senso stretto: è un atto volontario dell'uomo al quale l'ordinamento attribuisce effetti giuridici a prescindere dalla volontà di produrli.
Ciò che rileva è la volontarietà dell'azione e non tanto la volontà di produrre gli effetti giuridici conseguenti:
Esempi importanti:

- l'adempimento della prestazione = se Tizio paga a Caio 10.000 euro credendo di essere debitore di 20.000,00 EURO quando in realtà è debitore solo di 10.000, egli inconsapevolmente estingue l'obbligazione.
- Se Tizio riconosce il figlio solo per attribuirgli il suo cognome e null'altro, ciò nonostante l'ordinamento gli attribuisce anche un ampia pluralità di obblighi anche se da lui non voluti o conosciuti.
- Se un soggetto intima il pagamento al suo debitore questi è costituito in mora a prescindere dalla volontà del creditore di costituirlo in mora.

In sostanza ***l'adempimento dell'obbligazione è atto giuridico in senso stretto*** e prova ne è l'art. 1191 c.c. secondo cui il debitore che ha eseguito la prestazione dovuta non può impugnare il pagamento a causa della propria incapacità.

Negozio giuridico: consiste in una dichiarazione di volontà con la quale vengono enunciati gli effetti che si perseguono ed alla quale l'ordinamento ricollega effettivi giuridici conformi ai risultati voluti, purchè la finalità sia meritevole di tutela.
Il negozio giuridico postula la libertà del volere e del poter disporre dei propri diritti quale conquista della rivoluzione francese al cui art. 1 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo* del 26 agosto 1789 recita: ***"Gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti*** "
Prima di tale rivoluzione la capacità di essere titolari di diritti non era di tutti ma era legata al concetto di *status.*
Successivamente i principi politici della libertà, eguaglianza e fraternità si trasformano in principi giuridici ed ***allo status si sostituisce il concetto di persona umana***

Vengono coniati i concetti di capacità giuridica e d'agire

- **Capacità giuridica** = idoneità ad essere titolari di diritti e di doveri giuridici
- **Capacità di agire** = idoneità ad esercitare i diritti ed i doveri di cui si è titolari (di potervi disporre autonomamente)

"La capacità giuridica si acquista con la nascita" (art. 1 del codice civile).
La capacità di agire si acquista con la maggiore età. La capacità d'agire presuppone la capacità giuridica.

Le situazioni giuridiche

IL DIRITTO SOGGETTIVO: il diritto soggettivo consiste nella pretesa che un soggetto vanta per la tutela di un proprio interesse previsto e tutelato dall'ordinamento giuridico.
Il soggetto titolare di un diritto soggettivo é, dunque, munito di uno specifico potere di agire (mediante le c.d. azioni giudiziarie) a tutela (diretta) del proprio diritto soggettivo.
Il diritto soggettivo può essere assoluto ovvero relativo.
Il diritto soggettivo è assoluto quando si riferisce ad un bene della vita di cui il soggetto è titolare. Il diritto soggettivo è imprescrittibile e può essere fatto valere nei riguardi di ciascun che tenta di ostacolarne il libero esercizio.
Il diritto soggettivo è relativo quando si riferisce ad un rapporto con altri soggetti. Il diritto soggettivo relativo è soggetto a prescrizione e può essere fatto valere solo nei riguardi dei soggetti con cui esiste il rapporto giuridico.

L'INTERESSE LEGITTIMO: la moderna concezione dello "Stato di diritto" impone alla Pubblica Amministrazione di rispettare le norme giuridiche che ne regolamentano l'attività ed il funzionamento.
L'interesse legittimo è inteso come la posizione di vantaggio riservata dall'ordinamento ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene.

FACOLTÀ sono semplici manifestazioni dei diritti soggettivi e non hanno un carattere autonomo (es. facoltà del proprietario di godere del bene o di cederlo ad altri).

DIRITTO POTESTATIVO: consiste nel potere riconosciuto a un soggetto di operare il mutamento della situazione giuridica di un altro, senza che questi possa reagire (es. art. 847 c.c. comunione forzosa del muro costruito sul confine).

LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

Articolo 2043 c.c.
Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

Esiste quindi un netta distinzione tra:
- responsabilità contrattuale che presuppone, almeno formalmente, la sussistenza di un contratto nel senso stretto del termine e quindi la violazione degli obblighi nascenti dal contratto
- responsabilità extracontrattuale che implica l'inesistenza del contratto postulando la violazione invece del dovere generico del *neminem laedere*, ossia di non intromettersi nella sfera giuridica di altro soggetto.

Sino agli anni 70 prevale l'idea che riteneva il 2043 c.c.:
- Norma con funzione sanzionatoria, ove si esaltava più la colpa del carnefice piuttosto che porre attenzione alla vittima.
- Imputazione per colpa: in conseguenza del carattere sanzionatorio il soggetto doveva porre in essere un comportamento meritevole di sanzione e quindi quanto meno colpevole e rimproverabile.
- L'art. 2043 rilevava quale norma di natura secondaria, in quanto con l'art. 2043 si sanzionava la violazione di norme primarie che ponevano divieti a tutela di diritti soggettivi.
- Visione puramente patrimoniaslitica del danno.

Si era affermata quindi una visione tipicamente sanzionatoria della responsabilità aquiliana.
Ci si riferisce al fatto dannoso a non tanto al danno

Nella concezione tradizionale del 2043 al centro della scena c'è il carnefice e non la vittima, c'è il fatto colposo meritevole di sanzione e non il danno ingiusto della vittima. ***In sostanza è rilevante solo la culpa e non la iniuria***

La teoria tradizionale è stata oggetto di aspra critica in quanto:

1) la lettera della norma si riferisce testualmente al ***danno ingiusto*** orientando la prospettiva verso il danneggiato e non verso il danneggiante. Quindi verso ***una meritevolezza del risarcimento più che la sanzionabilità della condotta.***
2) L'art. 2043 fissa due precetti per il fatto illecito: il primo precetto è che il comportamento sia colpevole, il secondo precetto è che il danno che ne deriva sia ingiusto.
3) Una lettura costituzionale dell'art. 2043 c.c. impone una tutela che non si riferisce ai soli diritti soggettivi assoluti in quanto in base al principio solidaristico (art. 2) e di pienezza di tutela giurisdizionale (art. 24) si deve garantire tutela anche alle situazioni giuridiche che non necessariamente coincidono con un diritto soggettivo assoluto. Sulla base di questo presupposto il 2043 c.c. non è più norma secondaria, ma diviene norma primaria dell'ordinamento che ***fissa il principio del divieto di ingerirsi senza autorizzazione nella sfera giuridica altrui*** ed il conseguente risarcimento del danno derivante dall'indebita interferenza.
4) Infine si abbandona la visione puramente patrimonialistica della tutela giuridica riconoscendo che la persona è al centro dell'ordinamento e costituisce il

presupposto di ogni diritto. Si assiste alla fine del monopolio della colpa in quanto si passa da una società liberale industriale ad un assetto maggiormente solidaristico. Di qui la rilettura anche degli articoli 2047, 2048 e successivi non più in chiave forzatamente colposa

Quindi si sgretola la concezione sanzionatoria, riconoscendo una funzione precettiva in sé dell'art. 2043.
La centralità è riferita al danno del quale viene previsto il risarcimento laddove sia ingiusto
Cassazione sez. un. 500/1999

Ne consegue che la funzione della responsabilità civile inizialmente tesa a punire l'autore del danno e dunque avente carattere sanzionatorio, diviene essenzialmente riparatoria del danno ingiusto.

I nuovi presupposti dell'illecito extracontrattuale nel 2043 c.c.

Affinché vi sia illecito è necessario che ***il fatto sia colpevole*** e che il ***danno sia ingiusto*** (*nel codice nel 1865 non vi era il requisito della ingiustizia del danno in quanto si puniva il danno tout court*)

L'ingiustizia non viene più riferita al fatto bensì al danno in una prospettiva vittimologica più coerente con il tenore letterale della norma.
La *ratio* è intesa non tanto a stigmatizzare condotte colpevoli (basti pensare che la colpa non è criterio unico di imputazione) quanto a verificare quale sia il soggetto sul quale sia più corretto traslare il peso economico del danno. Ossia se detto *vulnus* debba rimanere ancorato al soggetto che subisce il danno, ovvero trasferito sull'autore della condotta causativa del pregiudizio.

La colpa non è necessaria né sufficiente. Non è necessaria perché l'ordinamento prevede anche altri criteri di imputazione sostitutivi della colpa; non è sufficiente in quanto è necessario che il danno sia ingiusto.

In definitiva: ***il risarcimento del danno una volta era percepito come sanzione ed ora viene invero concepito come mezzo per ristorare il danno ingiusto***

Come si qualifica un danno come danno ingiusto?

Occorre chiarire che ormai è dato per assodato che oggetto di tutela risarcitoria non sono solo i diritti soggetti assoluti ovvero gli interessi costituzionalmente garantiti, ma costituiscono oggetto di tutela tutti gli interessi giuridici che in base ad una valutazione complessiva dell'ordinamento siano meritevoli di protezione.

La Corte di Cassazione S.U. 500/1999 ha chiarito in tema di risarcibilità degli interessi legittimi che "***ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della situazione giudica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione all'ingiustizia del danno contraddistinto dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante***."

Il giudizio sull'ingiustizia del danno non è mai statico ma è un giudizio dinamico poiché ***occorre formulare un <u>giudizio comparativo</u> tra le posizioni del danneggiante e del danneggiato per stabilire su chi è più giusto che ricadano le conseguenze dannose del fatto***.

Occorre valutare **se per l'ordinamento sia meritevole di maggior protezione l'interesse perseguito del danneggiante con la condotta dannosa ovvero il sacrificio patito dal danneggiato**. Ne consegue **che la comparazione sfocia in un giudizio di prevalenza** in relazione al caso concreto.

Dal punto di vista del danneggiato: va indubbiamente valorizzato il rango della situazione lesa; inoltre bisogna valutare quale tipo di protezione viene garantita dall'ordinamento.

Dal punto di vista del danneggiate: merita considerazione la natura professionale o meno del soggetto in quanto nel primo caso la condotta va considerata in termini più severi.
Occorre comprendere le finalità per la quali il soggetto ha posto in essere il comportamento dannoso. È evidente che la valutazione di un attività dannosa che l'ordinamento riconosce perché socialmente utile sarà diversa da quella di una attività dannosa posta in essere per finalità solo di lucro.

Evoluzione del risarcimento del danno: dalla lesione del diritto soggettivo assoluto alla risarcibilità degli interessi legittimi

Responsabilità extracontrattuale: dalla risarcibilità dei diritti assoluti alla risarcibilità dei diritti relativi ed interessi legittimi

In origine la tutela era applicabile solo per i diritti soggettivi assoluti (*basata sull'assunto che i diritti di credito sono sufficientemente tutelati nell'ambito della responsabilità contrattuale*).
Una evoluzione interpretativa ha comportato ora una tutela allargata nella quale far confluire anche diritti relativi e segnatamente i diritti di credito.

Risarcibilità dei diritti di credito

La Corte di Cassazione con la sentenza del 1971 (sentenza Meroni), ha inciso sulla tutelabiltià aquiliana dei diritti di credito.
La Corte prende atto di come sia danno ingiusto *contra ius* l'offesa ad un qualsiasi diritto tutelato dall'ordinamento (*non necessariamente diritto assoluto*).
La Corte avverte ad ogni modo anche la necessità di perimetrare la risarcibilità in tema di responsabilità aquiliana del terzo per lesione del diritto di credito altrui.
Infatti il limite è rappresentato dal piano causale, ossia sussiste il nesso eziologico tra condotta ed evento se il creditore dimostra di non poter ricavare da altro soggetto una prestazione analoga a quella venuta meno per effetto dell'illecito del terzo a causa della sua infungibilità.

Risarcibilità della lesione da interesse legittimo

Sentenza S.U. 500/1999 e 9040/2008 con la quale la corte canonizza il principio della risarcibilità di un pregiudizio che incida su di una situazione giuridicamente rilevante a prescindere dalla sua qualificazione formale. Questo in quanto il risarcimento è legato all'ingiustizia del danno. Si apre la strada al risarcimento del danno nei riguardi della pubblica amministrazione.

Art. 2043 c.c.
Gli elementi della responsabilità extracontrattuale, il dolo e la colpa

Elementi della responsabilità extracontrattuale:

- **il danno (che per essere risarcibile deve essere ingiusto)**
- **il nesso causale tra comportamento del danneggiate e danneggiato**
- **l'elemento psicologico (dolo o colpa)**

E' onere del danneggiato provare che il danneggiante ha cagionato il danno mediante il suo comportamento.
Nella responsabilità contrattuale invece l'onere della prova è invertito, ossia il creditore deve solo dimostrare che esiste il contratto ed allegare di non avere ricevuto la prestazione. Sarà poi onere del debitore dimostrare di avere adempiuto ovvero di non aver adempiuto per causa a lui non imputabile.

Responsabilità oggettiva*: **ai fini della configurabilità della responsabilità oggettiva è irrilevante l'elemento psicologico in quanto la medesima scatta in presenza del puro nesso di causalità**.*

Dolo e colpa:

Art. 43 codice penale
Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline

Teoria psicologica della colpevolezza: Tizio è in colpa quando tiene un comportamento che diverge da quello che si dovrebbe tenere secondo un parametro di diligenza legato al concetto di buon padre di famiglia (*nell'adempiere l'obbligazione, il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia* art. 1176 c.c.).
La teoria psicologica fonda ma non gradua la responsabilità in relazione alle qualità intrinseche del soggetto agente, per cui chiunque, a prescindere dalle sue qualità, quando non tiene il comportamento dovuto è in colpa.
Teoria normativa della colpevolezza: Tizio è in colpa quando tiene un comportamento contrario alla norma essendovi un atteggiamento antidoveroso della sua volontà rispetto un precetto che avrebbe dovuto seguire.
Questa teoria tiene conto della graduazione della colpa in quanto parte dalla considerazione che la diligenza è un parametro che deve essere valutato non in astratto ma in concreto in relazione al soggetto a cui ci si riferisce; ecco quindi che per *principio Tizio è esonerato da responsabilità ogni volta in cui l'adempimento risulti ostacolato da sopravvenienze che non possano essere superabili con condotte ritenute esigibili dal medesimo.*

Funzione della responsabilità extracontrattuale

Nell'art. 2043 ai fini dell'imputabilità è richiesta la colpa del danneggiante ed assolve ad una funzione preventivo sanzionatoria, oltre che al primario scopo di riparare il danno ingiusto.

Nelle norme di cui agli articoli 2047 c.c. e successivi i criteri di imputazione del danno poggiano sull'accertamento di un dato oggettivamente rilevabile che prescinde dalla colpa:

2047 – 2049	nella qualifica di padrone o genitore
2051 – 2053	il diritto di proprietà
2050	l'esercizio di attività pericolosa

Queste ipostesi assolvono ad un ruolo prevalentemente compensativo riparatorio in una prospettiva in cui assume rilievo primario l'esigenza di mandare esente dal pregiudizio la vittima traslando il peso economico sul soggetto sul quale si ritiene più equo che esso debba gravare, per motivi diversi dalla punizione.

Posto che attraverso il sistema risarcitorio si mira a riparare il danno, ne consegue come corollario che il valore del risarcimento non potrà mai essere superiore al danno!

Il risarcimento del danno aquiliano (come quello contrattuale) non può mai essere superiore al danno stesso subito della vittima

La responsabilità aquiliana per colpa non delinea un modello puramente preventivo sanzionatorio, ma partecipa anche di una componente compensativa la quale giustifica l'impossibilità di accordare un risarcimento superiore al danno effettivamente patito e dimostrato dalla vittima.

Cosa diversa sarebbe se il legislatore avesse abbracciato un modello penalistico, caratterizzato da una logica sanzionatorio-retributiva (propria della pena ex art. 133 c.p.).
In questo caso la pena andrebbe calibrata non solo sul danno effettivamente patito dalla vittima ma anche sull'illecito globalmente inteso*: intensità del dolo, grado della colpa, capacità e motivi dell'agire ecc. ecc…*

La conseguenza sarebbe quella che il risarcimento (*ad esempio per motivi particolarmente riprovevoli che hanno spinto il soggetto ad agire; o per i vantaggi economici ottenuti dall'illecito*) potrebbe superare il valore del danno effettivamente subito.
La giurisprudenza consolidata sulla base del rinvio che l'art. 2056 c.c. opera nei riguardi dell'art. 1223 del c.c. prevede che il ***danno costituisca il limite invalicabile del risarcimento***.
In altre parole il risarcimento non può mai varcare la soglia del danno effettivamente subito.

LA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA

artt. 2050 e 2051

Il danno da attività pericolosa ex art. 2050 c.c.

Nel codice del 1865 non era vigente una norma di questo tipo ed è stata introdotta solo dal codice del 1942 e per altro solamente nella stesura definitiva, senza essere stata oggetto di particolare previa discussione.

Il legislatore probabilmente già nel 1942 si è dimostrato quindi sensibile ad una realtà sociale che stava cambiando e che si cominciava a caratterizzare per una elevata complessità.
Prevede quindi una tutela più incisiva per i danneggiati da attività potenzialmente dannose frutto dell'evoluzione sociale. (presa d'atto della tutela come nel diritto penale per i reati omissivi)

Concetto di attività:
In tema di significato la Cassazione con pronuncia **1425/1983** si è espressa ritenendo l'attività quale "*successione continua e ripetuta di atti che si svolge nel tempo".*
Non colpisce quindi i singoli atti pericolosi i quali possono invece venir assorbiti nell'ambito dell'art. 2043 c.c.

Concetto di pericolosità: in giurisprudenza costituisce massima quella secondo cui *costituiscono attività pericolose ex art. 2050 c.c. non solo le attività ritenute tali dalla legge di pubblica sicurezza ovvero dalle leggi speciali, ma anche quelle che per la loro stessa natura o per i mezzi adoperati comportino una rilevante possibilità di danno in ragione della* ***loro spiccata potenzialità offensiva***.

Attualmente vi è una tendenziale concordanza di opinioni circa la necessità di valutare la pericolosità utilizzando un duplice criterio ***quantitativo/qualitativo***.

Ossia l'attività sarà da considerarsi pericolosa non soltanto quando statisticamente comporti un alto numero di eventi dannosi, ma anche quando, a fronte di un esiguo numero di eventi dannosi, questi si caratterizzino per la particolare gravità del danno anche in ragione dei beni giuridici particolarmente rilevanti.

L'art. 2050 inoltre sottolinea che talune attività pericolose possono esserlo nella loro interezza ovvero solo in parte (la didattica non è attività pericoloso, ma la didattica di esperimento con la corrente può dar luogo ad attività pericolosa). L'attività pericolosa infatti è tale per sua natura, ovvero per i *mezzi adoperati.*

L'attività pericolosa inoltre è una fattispecie storicamente orientata nel senso che attività che prima erano considerate pericolose ora invece lo sono e viceversa attività che prima non erano considerate pericolose ora invece lo sono.
Un caso emblematico e quello di lesione da fumo

Poiché tutte le attività umane presentano intrinsecamente un grado più o meno elevato di pericolosità, è opportuno ***distinguere tra attività pericolosa e condotta pericolosa*** che fuoriesce dalla fattispecie codicistica.

Le attività pericolose sono certamente quelle indicate dalla legge quali la fabbricazione e trasporto di materiale da scoppio, il trattamento dei dati personali (art. 15 D.Lgs 196/2003), la certificazione delle firme elettroniche ex art. 29 bis DPR 445/2000.

Negli altri casi atipici, la giurisprudenza riconosce la pericolosità nella ***spiccata potenzialità offensiva***: installazione di impianti elettrici in case di abitazione; la produzione e la distribuzione di energia elettrica; l'attività edilizia; l'organizzazione e gestione di determinate manifestazioni sportive rischiose per gli utenti e per i terzi; (gestione di un impianto sciistico; gestione ed organizzazione di una partita di calcio di sere A).

Natura giuridica

Si è sempre discusso se l'art. 2050 c.c. dia vita ad una ***presunzione di colpa*** con conseguente inversione dell'onere della prova a carico del danneggiante, ovvero se si tratti di una ***responsabilità senza colpa c.d. oggettiva***.

Possiamo rinvenire tre orientamenti dottrinali tutti suffragati da pronunce della Corte di Cassazione

1) Tradizionalmente la giurisprudenza aveva contemplato una presunzione di responsabilità in quanto l'attività posta in essere rileva una notevole potenzialità dannosa obbligando l'operatore a predisporre delle misure di prevenzione particolarmente gravose ad evitare l'evento dannoso con la conseguenza che laddove non si apprestino adeguante misure di prevenzione, scatta la presunzione di colpa. (**Cass. 7916/2004**). D'altra parte la tradizione romanistica si fondava sull'assunto secondo cui non può esservi responsabilità senza colpa.

2) altra parte della dottrina, pur riconoscendo la natura colposa della responsabilità, sottolineava l'aspetto della responsabilità soggettiva aggravata. Questo in quanto la norma, dato l'interesse sotteso richiede una particolare diligenza nel predisporre tutte le misure idonee ad evitare il danno.

3) Queste visioni, legate alla natura colposa, sono state tuttavia oggetto di serrata critica giacchè da un lato il dato letterale della norma ***prevede l'irrilevanza di qualsiasi valutazione soggettiva ai fini dell'esclusione della responsabilità*** e dell'altro l'esclusione della responsabilità legata al non aver posto in essere le misure necessarie ad evitare il danno si pone come censurabile nei casi in cui le misure per evitare il danno possano essere nei fatti particolarmente costose e gravose.
Inoltre in tema di attività imprenditoriale (ove opera in sostanza la norma) molto spesso l'imprenditore risponde il più delle volte per fatti che attengono ai propri dipendenti in assenza quindi di una sua colpa.
Infine l'assenza di colpa si dimostra provando di non aver potuto impedire l'evento dannoso usando la diligenza richiesta per il tipo di attività che viene espletata. Ossia l'operatore deve dimostrare l'adozione di misure preventive astrattamente idonee ad evitare il danno secondo un criterio di tipo oggettivo.

Su questa ultima posizione si pone la più recente giurisprudenza, la quale ha opinato che la responsabilità per esercizio da attività pericolosa rientri nell'ipotesi di responsabilità oggettiva e prescinde dalla colpa di chi ha posto in essere l'attività. (**Cass. 8457/2004).**

La norma in sostanza non prevede una presunzione di colpa, ma di responsabilità con la conseguenza che la prova liberatoria non va ricercata nella dimostrazione di assenza di colpa, ma sarà necessaria una prova liberatoria basata sulla dimostrazione dell'inesistenza di un rapporto di causalità tra a attività e danno.
Tale prova potrà dirsi fornita attraverso la concreta individuazione della causa non imputabile al soggetto agente che sia capace di recidere il nesso di causalità ovvero attraverso la dimostrazione che le cautele in atto sono le sole umanamente esigibili.

Soltanto la dimostrazione che la presenza di forza maggiore, del caso fortuito, del fatto illecito del terzo, ovvero del comportamento del danneggiato hanno inciso, escludendo il nesso di causalità, può far venir meno la responsabilità dell'esercente l'attività pericolosa per il danno cagionato.

In sostanza il soggetto che svolge l'attività pericolosa deve dimostrare che nella condotta a lui ascrivibile si è inserito in fattore esterno assorbente sul piano dell'evento naturalistico (il fatto del terzo, la forza maggiore) ovvero che il danno è stato cagionato da un comportamento sprovveduto ed anomalo del danneggiato.

La Cass. specifica tuttavia che, pur in caso di mancata adozione delle misure necessarie a prevenire il danno, la responsabilità vada esclusa ove si accerti che il comportamento del danneggiato è stato in grado di elidere il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso. Infatti l'art. 1227 c.c. si ritiene applicabile anche laddove l'imputazione sia di natura oggettiva. Da ultimo vedi **Cassazione 25/2010**.

La giurisprudenza ha qualificato come pericolose le attività: organizzative di una partita di calcio di sere A; la gestione di un impianto sportivo; la gestione di una pista di go-karts; etc...

Cassazione n.2220/2000: *L'organizzazione di una gara sportiva non può essere considerata attività pericolosa con riferimento ai danni subiti dagli atleti e dei quali è prevedibile la verificazione, in quanto provocati dagli inevitabili errori del gesto sportivo. La medesima attività deve invece essere considerata pericolosa se in conseguenza di essa gli atleti sono stati esposti a conseguenze più gravi di quelle che possono essere determinate dai predetti errori.*

Il danno da cose in custodia ex art. 2051 c.c.

Nell'impostazione del codice del 1865 la responsabilità era per il danno prodotto ***con*** la cosa e non ***dalla*** cosa.
Essa rilevava quale strumento manovrato dal soggetto agente, ora invece ***la cosa acquisisce ai fini della produzione del danno un'autonoma efficienza causale***, indipendentemente dall'azione dell'uomo.

La responsabilità si imputa al custode, ossia a chi esercita quindi un ***potere di fatto sulla cosa*** a prescindere dal rapporto giuridico con il bene (*es. il proprietario di un bene immobile non è responsabile dei danni cagionati ai terzi dal conduttore che utilizza impianti di espulsione dei gas dall'officina in quanto non gode di un potere di controllo su questo macchinario*).

Per cui il c.d. potere d'uso viene esercitato ***dal proprietario, o da altro soggetto che è titolare di altro diritto reale o personale, non escludendo l'esercizio di un potere di fatto non occasionale. Non rientra in questa fattispecie colui che detiene la cosa ma nell'espletamento di mansioni sotto la direzione e nell'interesse altrui.***

Sintesi:
La norma pone una presunzione di responsabilità e non di colpa che è possibile vincere solo con la dimostrazione che il danno non è stato provocato dalla cosa, ma da un fattore esterno al naturale dinamismo della cosa che può essere la forza maggiore, il caso fortuito, il fatto illecito di un terzo, ovvero un uso improprio ed imprudente della cosa da parte del danneggiato.

Responsabilità da contatto sociale qualificato ed il concorso causale del danneggiato

In questa categoria vengono fatte rientrare quelle fattispecie che sono a cavallo tra il torto ed il contratto in cui manca però del contratto l'obbligo della prestazione e del torto la completa estraneità tra danneggiato e danneggiante.

L'espressione "contatto sociale" indica un rapporto che genera nei soggetti coinvolti un obiettivo affidamento in ragione del fatto che si tratta di un rapporto qualificato dall'ordinamento giuridico, il quale vi ricollega una serie di doveri specifici di comportamento attivo.

La dottrina ha teorizzato la distinzione tra violazione tra obblighi di prestazione e obblighi di protezione sottolineando che il contatto sociale inglobi nella responsabilità contrattuale anche il contatto sociale qualificato quale *obbligazione senza prestazione* .

Il contatto sociale ha trovato fonte normativa nell'ultimo inciso dell'art. 1173 c.c. secondo cui tra le fonti dell'obbligazione vi sono anche fatti ed atti idonei a produrle.

Nonostante la giurisprudenza consolidata abbia dato pieno seguito al contatto sociale parte della dottrina sottolinea come la teoria dell'obbligazione senza prestazione che trova fonte nell'art. 1173 c.c. non sia corretta.

Infatti:

- La formula dell'art. 1173 c.c. non include tra le obbligazioni giuridicamente vincolanti gli obblighi di protezione della sfera giuridica altrui nascenti dal contatto sociale.
- L'art. 1174 c.c. considera la prestazione quale oggetto dell'obbligazione per cui non è data obbligazione in assenza di prestazione.
- L'art. 1218 c.c. sanziona espressamente il mancato adempimento della prestazione

La corte di Cassazione con la pronuncia 8826/2007 ha messo in discussione la categoria dell'obbligazione senza prestazione pur senza sconfessare la teoria del contatto sociale.

Nonostante le critiche il contatto sociale è stato applicato:

- alla responsabilità della scuola e dell'insegnante per le autolesioni
- alla responsabilità della pubblica amministrazione
- all'istituto bancario per omesse o false informazioni economiche e che paghi l'assegno a persona diversa dal beneficiario

Proprio con riferimento a questa ultima ipotesi la Corte di Cassazione a S.U. con pronuncia n. 14712/2007 ha precisato che gli altri fatti o atti di cui all'art. 1173 c.c. si riferiscono solo alle ipotesi di obbligazioni *ex lege* previste dal codice e precisamente al pagamento dell'indebito, all'arricchimento senza causa e alla gestione di affari altrui.
Sembrerebbe che le S.U. abbiano sancito la responsabilità da contatto sociale della banca per la violazione dell'art. 43 r.d. 1736/1933 laddove la norma genera una relazione qualificata tra il banchiere ed i soggetti interessati alla circolazione dell'assegno, ossia il prenditore e la banca.

Il concorso causale del danneggiato

I due commi dell'art. 1227 c.c. fotografano i due snodi del procedimento causale

Il primo comma affronta il primo stadio della causalità (causalità materiale) inerente al rapporto tra condotta illecita ed evento recependo in armonia con gli artt. 40 e 41 c.p. il c.d. *principio del concorso di colpa del danneggiato* che decurta il danno risarcibile della quota addebitabile alla condotta del danneggiato.
In sostanza *il danneggiante non si deve far carico del danno per la quota a lui causalmente non addebitabile*.

Sul punto la dottrina prevalente ritiene che l'art. 1227 c.c. costituisca una eccezione alla regola secondo cui nel diritto civile le concause esterne non influiscono sul quantum del risarcimento.

La ratio di questo trattamento dipende dalla peculiare valenza che assume il concorso causale del danneggiato in un sistema civile che è improntato ad una logica riparatoria più che sanzionatoria. Per cui nella misura in cui il danno è originato in parte dal danneggiato, la vittima è causa del suo male e come tale ne deve rispondere mediante la dequotazione corrispondente in capo al danneggiante.

Ben diverso è invece il caso in cui vi sia concorso di più danneggianti ovvero vi sia una concausa naturale; in queste fattispecie appare più giusto che del danno risponda integralmente il soggetto o i soggetti che lo hanno cagionato piuttosto che trasferire sul danneggiato l'alea degli avvenimenti naturali o la difficoltà di perseguire i corresponsabili. Ecco infatti che i corresponsabili sono tenuti solidalmente al risarcimento.

La giurisprudenza sottolinea che la causa esterna (con eccezione de iure condito dell'art. 1227 c.c.) valga solo ad elidere la sussistenza del nesso causale, ma non anche ad incidere sul risarcimento.
In sostanza o la causa esterna è da sola assorbente da far degradare il contributo umano a mera occasione, ovvero ha una rilevanza concausale significativa ma non esaustiva. In questo caso il risarcimento deve essere dovuto per intero. (**Cassazione 5924/1995**).

Un'apertura isolata si è avuta nel 1974 con una pronuncia della Corte di Cassazione nella quale si affermava che non vi sono ragioni per non accordare alla rilevanza concausale naturale un trattamento diverso a quello serbato per la rilevanza concausale del concorso del danneggiato.

Il secondo comma esclude o mitiga invece il risarcimento del danno evitabile dal creditore regolando il secondo stadio della causalità (causalità giuridica) che attiene al nesso causale tra l'evento e le conseguenze dannose da esso derivanti.

Indubbiamente presuppone già risolto il primo nesso causale nel senso della imputabilità dell'inadempimento in tutto o in parte al danneggiante.

Il danno è eziologiamente imputabile al danneggiante, ma le conseguenze dannose dello stesso avrebbero potuto essere impedite o attenuate da un comportamento diligente del creditore.

L'art. 1227 c.c. secondo comma è strettamente legato con l'art. 1223 c.c. con riguardo all'aspetto della consequenzialità immediata e diretta del danno, contribuendo a delimitare l'area della risarcibilità dei danni che conseguono all'inadempimento.

Il legislatore ha voluto l'irrisarcibilità di quei pregiudizi economici che dovrebbero gravare sul debitore, ma dei quali costui può liberarsi, ove provi che il creditore ovvero il danneggiato avrebbe potuto evitarli usando l'ordinaria diligenza.

In sostanza ha codificato ***l'irrisarcibilità del danno evitabile*** (opera una analogia anche con l'art. 1221 c.c. in un'ottica riparatoria e non sanzionatoria – infatti il debitore che è in mora risponde anche per causa a lui non imputabile a meno che non provi che il danno si sarebbe verificato comunque)

Indubbiamente l'onere della prova della evitabilità spetta al danneggiante.

In cosa consiste l'onere di diligenza del creditore? In cosa si sostanzia?
Sul punto si è passati da una prima interpretazione secondo cui il danneggiato non doveva violare l'obbligo negativo di non tenere un comportamento che avrebbe aggravato il danno, ad un interpretazione più costituzionalmente orientata secondo cui al creditore non si chiede di assumere un mero comportamento passivo, ma di salvaguardare invero l'interesse della controparte nei limiti di un non apprezzabile sacrificio. Lo stesso principio di buona fede non obbliga il creditore a sacrifici eccessivi nei riguardi del debitore inadempiente.
In sostanza deve tenere un comportamento di non aggravamento del danno secondo i precetti di buona fede e correttezza.

Concorso di più danneggiati (art. 2055 c.c.)
In questo caso è doveroso chiarire che i soggetti sono tutti tenuti in solido al pagamento del risarcimento.
Presupposto per l'operatività dell'art. 2055 c.c. in tema di corresponsabili è comunque che vi sia un unico fatto generato del danno se pur attribuibile a più soggetti, le cui condotte sono causalmente riconducibili dal fatto illecito.

L'unicità deve riguardare solo ed esclusivamente il fatto dannoso e non la condotta del danneggiante.

Ricorre per tanto tale responsabilità pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni od omissioni dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti ma comunque tutte casualmente incidenti sul fatto generato del danno.
Ai fini del sorgere della corresponsabilità ex art. 2055 c.c. è necessario solo che il fatto sia imputabile a più soggetti ancorché le condotte siano tra di loro autonome e pure siano diversi i titoli giuridici di riferimento (contrattuali ed altri extracontrattuali)
Recentemente la **Corte di Cassazione S.U. 16503/2009** ha sancito proprio questo aspetto trattando di un risarcimento occorso ad uno studente investito dalla discesa dello scuolabus.
L'art. 2055 c.c. pone due regole chiare : presuppone un fatto illecito causalmente riconducibile a più soggetti che saranno tenuti solidalmente; stabilisce il criterio di ripartizione dei costi tra responsabili.

Concause naturali
La giurisprudenza sottolinea che la causa esterna (con eccezione de iure condito dell'art. 1227 c.c.) valga solo ad elidere la sussistenza del nesso causale, ma non anche ad incidere sul risarcimento.
In sostanza o la causa esterna è da sola assorbente da far degradare il contributo umano a mera occasione, ovvero ha una rilevanza concausale significativa ma non esaustiva. In questo caso il risarcimento deve essere dovuto per intero. (**Cassazione 5924/1995**).

Un'apertura isolata si è avuta nel 1974 con una pronuncia della Corte di Cassazione nella quale si affermava che non vi sono ragioni per non accordare alla rilevanza concausale naturale un trattamento diverso a quello serbato per la rilevanza concausale del concorso del danneggiato.

Causalità penale e causalità civile

Recentemente la Corte di Cassazione ha riconosciuto che la causalità penale è diversa dalla causalità civile ritenendo quindi non applicabile la sentenza Francese la quale quindi non si applica al diritto civile.

Le ragioni sono ben evidenziate nella pronuncia n. 21619/2007 che riportiamo in sintesi:

1) diversa funzione della responsabilità: il sistema penale ha una ***funzione sanzionatoria*** ed infligge delle sanzioni di natura penale che incidono anche sulla libertà personale, per cui in virtù dei principi costituzionali della presunzione di innocenza, della responsabilità penale personale ecc, è necessario che vi sia una piena prova della colpa e della causalità tra la condotta dell'agente ed il danno.
L'art. 530, comma 2, C.P. impone infatti l'assoluzione in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova della colpevolezza.
Il sistema civilistico invece ***ha funzione riparatoria/compensativa***, ed al centro della scena non viene posto il danneggiante, ma il danneggiato e la domanda alla quale si risponde non è riferita alla sanzionabilità della condotta quanto alla meritevolezza del risarcimento.

2) Diversi criteri di imputazione della prova: Nel sistema penalistico vige il principio della responsabilità personale non ammettendosi ipotesi di responsabilità oggettiva.
Nel sistema civilistico invece, se da un lato la colpa costituisce il generale criterio di imputazione soggettiva del danno ex art. 2043 c.c. dall'altro si rinvengono numerose ipotesi di responsabilità oggettiva o per fatto altrui, e ciò proprio in funzione della natura riparatoria della responsabilità civile. Infatti in queste ipostesi ha voluto mandare esente dal pregiudizio la vittima traslando il peso economico sul soggetto sul quale si ritiene più equo e corretto che esso debba gravare per motivi diversi dalla punizione.

Diversità della natura dei beni tutelati e delle correlative forme rimediali.
Il sistema civilistico è un sistema elastico ove si ammette la risarcibilità di poste patrimoniali che non attengono solo alla perdita del risultato, ma che possono attenere anche alla perdita di un'occasione , ossia della chance inteso come bene della vita autonomo.

Nel primo caso si risarcisce la perdita di un risultato, mentre nel secondo si risarcisce la perdita di possibilità di un risultato che acquisisce valenza di bene giuridico autonomo.

Si risarcisce in altri termini non l'occasione persa, la perdita di una occasione con ciò evidenziando che il bene tutelato non solo è diverso, ma diverso sarà altresì il *quantum* del risarcimento che verrà proporzionalmente decurtato.

Il nostro ordinamento che è in continua evoluzione genera sempre nuovi beni che trovano tutela risarcitoria (si pensi al danno da ritardo del provvedimento ove il tempo viene ad acquisire la valenza di bene giuridico autonomo e risarcibile a prescindere dalla spettanza del bene della vita).

Anche le sezioni unite (581/2008) hanno riconosciuto e confermato la peculiarità della causalità civile rispetto quella penale in quanto nel sistema penale vige la regola della prova "*oltre il ragionevole dubbio*" laddove nel sistema civilistico vige la regola del "*più probabile che non*".

ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA

L'azione di arricchimento senza causa entra nel nostro ordinamento nel 1942 con il codice in quanto prima in vigenza del codice del 1865 vi erano unicamente l'azione di ripetizione dell'indebito e la gestione di affari altrui.

Analogamente alla ripetizione di indebito, l'arricchimento senza causa trova fondamento sulla base del principio che vieta gli spostamenti patrimoniali ingiustificati.

La fattispecie disciplina l'obbligo restitutorio di chi si arricchisce a danno di altro soggetto.

Trova fonte nell'art. 2041 c.c. quale norma di chiusura chiamata ad operare in via residuale nelle situazioni in cui non sia previsto un diverso strumento di tutela volto a ripristinare l'assetto patrimoniale modificatosi ingiustamente.

Si definisce arricchimento la differenza tra la consistenza del patrimonio in seguito al fatto produttivo del medesimo a quella che avrebbe avuto in assenza del fatto.
In ogni caso l'arricchimento deve risolversi in una attribuzione concreta ed effettiva giammai meramente eventuale.

Si discute se il pregiudizio indennizzabile si riferisca esclusivamente alla perdita subita o si debba ampliare al mancato guadagno!

Le sezioni unite (23385/2008) ritengono che il contrasto debba essere composto privilegiando l'interpretazione dell'art. 2041 che esclude dal calcolo dell'indennità richiesta per la diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore di una prestazione in virtù di un contratto invalido, quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto fosse stato valido ed efficace.

L'azione non è data contro il danno o l'arricchimento, ma per evitare l'arricchimento a danno altrui.
Si deve tener conto della somma che il soggetto responsabile avrebbe dovuto corrispondere per ricavare quelle utilità.
Nel commisurare l'indennizzo infatti si fa riferimento alla minor somma tra l'arricchimento del soggetto e l'impoverimento del soggetto tutelato!
L'indennizzo dovuto per l'arricchimento è debito di valore e non di valuta per cui ci sarà rivalutazione monetaria e pagamento degli interessi dal giorno in cui si è verificato l'arricchimento senza causa.

La questione sottoposta alle sezioni unite si riferiva ad un caso di arricchimento scaturente da una azione dell'impoverito (nello specifico esecuzione di un contratto invalido).

Rimane fermo il principio secondo cui il depauperameno di cui all'art. 2041 c.c. deve comprendere tutto quanto il patrimonio ha perduto rispetto la propria consistenza iniziale e non i benefici e le aspettative connesse con la controprestazione pattuita quale corrispettivo dell'opera, della fornitura o della prestazione professionale.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie, (da ultimo Cassazione sez. un 24722/2008) hanno definito che:

- **E' necessaria l'unicità del fatto costitutivo dell'arricchimento/impoverimento**
- **Sussidiarietà dell'azione**

L'unicità del fatto generatore dello spostamento patrimoniale ingiustificato presuppone uno stretto nesso di causalità e di immediatezza tra il fatto dell'arricchimento (locupletazione) e quello corrispondente del depauperamento; laddove invece lo spostamento patrimoniale sia pure ingiustificato, tra i due soggetti sia determinato da una successione di fatti distinti che hanno inciso su due diverse situazioni patrimoniali, in modo del tutto indipendente, il depauperanto di un soggetto non è l'effetto del correlativo arricchimento dell'altro, per cui non trova applicazione l'arricchimento senza causa.

Si tratta del c.d. arricchimento mediato: es. l'autista che porta la macchina ad aggiustare del proprietario. In questo caso c.d. di arricchimento mediato la giurisprudenza afferma che l'azione non possa trova fondamento.

Quindi la giurisprudenza ha chiarito che l'azione non si applica non solo ove sussista altra azione idonea a tutelare la ragione del danneggiato contro l'arricchito, ma nemmeno quando sia possibile spiccare azione diversa contro il soggetto che si sia obbligato per contratto arricchendo il terzo

Il principio trova due eccezioni:
Arricchimento mediato di una PA rispetto ad un ente pubblico beneficiario (in ragione della fungibilità soggettiva che caratterizza le pubbliche amministrazioni)
Arricchimento conseguito dal terzo a titolo meramente gratuito.

Questa giustificazione si fonda sul *leading* case francese del 1892 per cui chiunque si arricchisca in danno di un altro soggetto è tenuto a rispondere di tale profitto
Infatti è giusto dare risposta a delle situazioni che altrimenti verrebbero ingiustamente private di tutela.
(Venditore di concimi non viene pagato dall'acquirente in affitto il quale poi a fine contratto sparisce. Il venditore agisce contro il proprietario del campo che si è arricchito gratuitamente della prestazione)

Sussidiarietà in concreto ovvero i astratto dell'azione di arricchimento senza causa

L'azione opera come rimedio sussidiario, tuttavia un tesi ritiene che possa essere esperibile solo se astrattamente non è esperibile altro tipo di tutela.
Questo per evitare ed aggirare le eventuali prescrizioni o preclusioni delle azioni tipiche (del tipo si è prescritta l'azione risolutoria allora esperisco la azione per arricchimento)

Per altri invece la sussidiarietà è da ritenersi in concreto ovvero il concetto va inteso come residualità nel senso che l'azione di arricchimento è esperibile quando pur avendo il legislatore previsto altre azioni in astratto, esse non siano più percorribili in concreto (per insolvenza per prescrizione.

Tutela risarcitoria e tutela restitutoria

La clausola generale dell'arricchimento senza causa prevede due tipi diversi di arricchimento:
uno che comprende i casi in cui l'attività che ha provocato l'arricchimento è posta in essere dall'impoverito. (gestione affari altrui, condotte poste in essere senza spirito di liberalità ma a vantaggio altrui)
L'altra che comprende i casi in cui l'attività che ha provocato l'arricchimento è posta in essere del danneggiate mediante una invasione non autorizzata nella sfera giuridica altrui.

In questo caso si pone un grosso problema?
In queste ipotesi in cui il comportamento oggettivamente illecito è comunque solo foriero di vantaggio o profitto ovvero di profitto superiore al danno, è possibile rinvenire una azione di restituzione del vantaggio ovvero del profitto ottenuto?

Ossia una azione di arricchimento senza causa volta alla restituzione del profitto ottenuto dall'illecito.

Es. A occupa per l'estate un appartamento di B; un regista utilizza per un film una canzone di un gruppo sconosciuto;
Solitamente con l'azione di arricchimento senza causa si chiede la differenza tra la consistenza del patrimonio in seguito al fatto produttivo del medesimo a quella che avrebbe avuto in assenza del fatto. Qui invece si chiederebbe il maggior importo quale frutto del profitto del soggetto.

Si tratta di capire se nel nostro ordinamento esiste un rimedio preventivo/sanzionatorio assimilabile all'istituto del *disgorgement* (restituire) degli ordinamenti tipici di *Common law* volto ad assicurare alla vittima di una ingiustificata invasione della propria sfera giuridica l'opportunità di ottenere un risarcimento basato non sulla perdita subita, ma sui profitti che la controparte abbia realizzato in virtù dell'ingerenza.

In sostanza ci si chiede se se sia ammissibile un risarcimento parametrato non al pregiudizio subito, bensì all'arricchimento ingiustificato della controparte.

Elementi normativi che suffragano questa teoria si rinvengono nell'art. 18 legge 349/1986 ora abrogato dall'art. 318 del D.Lgs 152/2006 codice ambiente a mente del quale il risarcimento del danno è parametrato non solo al pregiudizio ma anche al profitto conseguito dal trasgressore..
Inoltre anche dall'art. 1148 c.c. che prevede la restituzione dei frutti percepiti e percepibili come frutto del profitto del possessore illegittimo.
Tuttavia è noto che il nostro sistema risarcitorio non consente fenomeni di *overcompensation* essendo teso invece a compensare e reintegrare la perdita subita dalla vittima e non a rimettere il patrimonio in una situazione addirittura più favorevole di quella in cui si sarebbe trovato in assenza del danno.
La regola aurea trova fonte nell'art. 1223 c.c. a tenore del quale il danno è parametrato al danno emergente ed al lucro cessante prodottosi nel patrimonio della vittima, essendo irrilevante l'arricchimento del danneggiante.
La risposta ala problema quindi deve allora essere cercata non nella tutela risarcitola ma in quella restitutoria sulla scia del *law of restitution* anglosassone!
In questi termini deriva che la restituzione dell'arricchimento dovrà avvenire per l'intero anche quando sia superiore al danno o anche quando il danno manche del tutto.
Così inteso l'art. 2041 finisce per svolgere una funzione deterrente e preventiva oltrechè riparatoria, sconosciuta alla disciplina del risarcimento

quando un soggetto (c.d. gestore) senza ricevere un incarico specifico, e senza essere obbligato, compie un atto nell'interesse altrui (ovvero per conto del c.d. interessato), si ha la c.d. gestione di affari altrui.

Gestione affari altrui

Affinché questa situazione si realizzi è **necessario che il gestore sia consapevole di compiere un atto per conto altrui**, se invece credeva di compiere un atto nel suo interesse non si potranno applicare le più favorevoli regole sulla gestione di affari altrui ma solo quelle sull'arricchimento senza causa (nel primo caso eventuali risarcimenti derivanti da colpe del gestore potranno risultare più tenui sempre che il giudice valuti discrezionalmente in merito alle circostanze).

Il gestore è soggetto alle stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato.
Tuttavia il giudice, in considerazione delle circostanze che hanno indotto il gestore ad assumere la gestione, può moderare il risarcimento dei danni ai quali questi sarebbe tenuto per effetto della sua colpa.

Art. 2028. Obbligo di continuare la gestione. Chi, senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui, è tenuto a continuarla e a condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso
l'intervento del gestore potrebbe indurre altri ad astenersi dall'intervenire, per ciò è necessario che chi gestisce un affare altrui porti a termine l'opera.
Imponendo questa responsabilità si cerca di scoraggiare atti dettati da motivi superficiali come la semplice curiosità.

Abuso del diritto

Occorre premettere che nessuna norma prevede il diritto di azione generica di dolo (*actio doli generalis*) e nemmeno alcuna norma prevede una speculare eccezione (*exceptio doli generalis*). Non appare superfluo rammentare a tal proposito che probabilmente questa mancanza è il frutto si una scelta consapevole in quanto, nel delineare l'assetto generale del diritto delle obbligazioni del codice del 1942, il Guadasigilli aveva sottolineato che l'abbandono del progetto del 1936 che conteneva una norma sull'abuso del diritto nasceva dai forti dissensi che la norma aveva generato. La disposizione prevedeva il risarcimento del danno su colui che cagionava danno ad altri eccedendo nell'esercizio del suo diritto, i limiti imposti dalla buona fede o dallo scopo per il quale il diritto gli era stato riconosciuto (Castronovo).
Oggi la Cass. 15482/03 sottolinea a viva forza che "*Nel nostro sistema legislativo è implicita una norma che reprime ogni forma di abuso del diritto, sia questa di proprietà o di atro diritto soggettivo*". Una rilettura del principio di buona fede alla luce del principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, ha fatto si che le parti siano tenute ad eseguire non solo ciò che è previsto nel contratto, ma anche a porre in essere condotte che in base ad un principio di correttezza, siano volte a tutelare, nei limiti del non apprezzabile sacrificio, l'utilità della controparte. La parte nell'eseguire il contratto non può porsi in una dimensione egoisticamente protesa alla tutela del suo interesse ma deve adoperarsi solidaristicamente, onde tutelare anche l'interesse della controparte. Un diritto conferisce un potere, ma questo potere è funzionale all'esercizio del diritto dato dalla ragione per la quale l'ordinamento riconosce quel diritto.
Nel diritto romano l'*exceptio doli generalis* è stata coniata per risolvere lo iato tra *ius civile* e l'*aequitas*, ovvero tra diritto formale e diritto pretorio. L'*exceptio doli generalis* veniva concessa dal pretore per paralizzare chi teneva un comportamento formalmente compatibile con lo *ius civile*, ma con finalità sostanzialmente fraudolente. Esempio dell'applicazione dell'*exceptio doli generalis* è il venire *contra factum proprium* di colui che esercita il suo diritto dopo aver tenuto un comportamento univoco che abbia ingenerato l'affidamento nella controparte in ordine alla sua volontà di non esercitarlo.
La giurisprudenza na ha delineato i tratti distintivi: (Corte Cass III, 20106/2009: *Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrifico cui è soggetta la controparte. L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. È ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede.*
L'abuso del diritto costituisce un principio generale e trova applicazione in materia tributaria: *il contribuente non può trarre indebito vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, se pur non contrastante con alcuna specifica norma di legge, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale.* Cass. Sez. un. 30055/2008, Corte di Giustizia Halifax

355/02. Si introduce una clausola generale di elusione di imposta, che prima era prevista *ex lege* solo per determinate imposte.
In tema di recesso unilaterale non può essere arbitrario, pena l'abuso del diritto (Corte Cass III, 20106/2009).
Si applica al diritto processuale (frazionamento del credito; il frazionamento dell'azione giudiziale del credito unitario comporta da un lato la necessità di un ulteriore giudizio con spreco di spese e di tempo ed inoltre si assiste ad un prolungamento del vincolo coattivo da parte del creditore).
Dottrina:
Abuso contrattuale unilaterale: quando la parte contrattualmente forte abusa dei sui poteri determinando un assetto di interessi inaccettabilmente squilibrato contrario alla buona fede contrattuale.
Abuso contrattuale bilaterale: ai ha quando c'è un contratto lecito e vincolante tra le parti, ma fonte di pregiudizio per i diritti dei terzi. Il conflitto non si consuma tra le parti, ma è un conflitto che riguarda i terzi estranei.
Art. 54 Carta dei diritti fondamentali U.E.

TUTELA DEL CONSUMATORE

Nozione di consumatore = contenuta originariamente nell'art. 1469 bis del c.c. = è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Notazioni pratiche sapere se un contratto è estraneo alla professione:

(Cassazione 13377/2007): si ritengono non estranei alla professione non solo ***i contratti tipici della professione*** ma ***anche i contratti inerenti ovvero connessi alla professione,*** questo in quanto la giurisprudenza ritiene consumatore colui che stipula un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività professionale.

(Cassazione 15475): Contratti in vista della professione
Parte della dottrina ritiene che non si possa qualificare come professionista per due ragioni

1. Perché ricorra la figura del professionista l'attività deve essere svolta nell'attualità e non in prospettiva;
2. Non sembra equo richiedere una diligenza qualificata ex art. 1176 c.c., a chi non è ancora professionista ma è solo in fieri;

La Cassazione in realtà valorizzando il principio di tutela dell'affidamento incolpevole, che impone di considerare professionista colui che all'esterno appare come tale, privilegia l'elemento teleologico rispetto quello cronologico.

(Corte di Giustizia C-464/2001) ***Contratti misti***: contratti con i quali si soddisfano esigenze della vita quotidiana ma anche aspetti inerenti la professione .
La Corte di Giustizia pur non ignorando un orientamento più permissivo ha ritenuto che anche in presenza di un contratto misti debba prevalere l'aspetto di tutela e quindi ritenere prevalente la figura del professionista.

La Cassazione ha statuito recentemente nel senso di escludere che l'attività di lavoro dipendente sia pubblico che privato possa essere considerato alla stregua di attività professionale ed in quanto tale ritiene di applicare ai lavoratori la tutela consumeristica.

Clausola abusiva (ex art. 1469 bis, ora art. 33 codice del consumo): *nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che,* ***malgrado la buona fede****, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.*

malgrado la buona fede = significa che la clausola che comporta un significativo squilibrio è abusiva anche se il professionista non era in grado di comprenderne la vessatorietà, ovvero non intendeva usarla in danno del consumatore.

L'abusività delle clausole viene meno se vi è stata trattativa individuale

Questo è quanto prevede l'art. 34, comma 4, Codice del Consumo.
Quando c'è trattativa individuale?
Cassazione 13377/2007:
Si può affermare che c'è stata trattativa individuale se questa presenta i caratteri della

- Individualità
- Serietà
- Effettività

Per cui una semplice aggiunta a penna nel modulo non è una prova della trattativa.
Per altro l'onere dell'esistenza della trattativa individuale grava sul professionista e non sul consumatore.

La trattativa individuale serva a far venire meno la disciplina di tutela del consumatore trovando applicazione quindi le regole generali dei contratti, (non rappresenta però un elemento di valutazione della vessatorietà della clausola la quale è tale solo se c'è significativo squilibrio).

Il terzo contratto:

Posto che è innegabile che anche nei rapporti tra imprenditori uno di essi può acquisire la posizione di parte debole del contratto, si rinvengono alcune norme di settore che sembrano delineare una tutela specifica.

- art. 7 del D.Lgs 231/2002 clausole inique nelle transazioni commerciali
- art. 9 legge 192/1998 divieto di abuso di dipendenza economica

c.d. terzo contratto che si affianca al contratto di diritto comune ed al contrato col consumatore.