

RESPONSABILITÀ PER COSE IN CUSTODIA

ANTONIO FONTANA*

SOMMARIO

1. Portata innovativa del vigente art. 2051 c.c., rispetto all'art. 1153 c.c. del 1865. - 2. Fattori umani ed extraumani quali cause (o concause) del danno. - 3. Il concetto di custodia. - 4. Limiti di applicabilità dell'art. 2051: *res nullius* e cose non suscettibili di custodia. - 5. In particolare: le strade. Orientamenti della giurisprudenza. - 6. Opportunità di tener conto anche del Codice della strada (D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285). - 7. Natura della responsabilità.

1. Portata innovativa del vigente art. 2051 c.c., rispetto all'art. 1153 c.c. del 1865

Oltre alla norma generale, contenuta nell'art. 2043, con cui si apre il Titolo dedicato ai fatti illeciti, il legislatore ne ha dettate alcune altre, che riguardano figure di responsabilità dette, per contrasto, speciali, anche se numerose e di grande rilievo pratico sono le fattispecie che nel loro ambito possono ricondursi: così, ad es., quella dei padroni e dei committenti per i danni arrecati dai loro domestici e commessi (art. 2049), quella per l'esercizio di attività pericolose (art. 2050), per i sinistri dovuti alla circolazione dei veicoli (art. 2054) ecc. L'art. 2051, del quale dobbiamo occuparci, rientra in questo gruppo, ed è così formulato: "Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito".

Tralasciando agganci che ci consentirebbero di risalire a tempi più remoti, fino al diritto romano, il suo precedente immediato è l'art. 1153 del Codice civile del 1865, il quale disponeva: "Ciascuno parimente è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere o colle cose che ha in custodia".

* Già professore associato nell'Università di Genova.

Dal confronto appare evidente come il testo in vigore abbia introdotto due novità. In primo luogo parla non più di danno “arrecato *colle* cose” (complemento di mezzo), bensì “cagionato *dalle* cose” (complemento d’agente, rafforzato, per giunta, dal medesimo verbo che il già citato art. 2043 usa per indicare appunto il rapporto tra causa ed effetto). In secondo luogo pone a disposizione del presunto responsabile una “uscita di sicurezza”: egli può infatti liberarsi dall’obbligazione risarcitoria se fornisce la prova del caso fortuito. Questa, a rigore, non è una novità assoluta. Sulla stessa linea, infatti, si era già attestata la giurisprudenza¹ anteriore al 1942, nonostante il silenzio mantenuto sul punto dal vecchio codice. Ma il fatto che il nuovo ne abbia recepito *in toto* l’orientamento merita, comunque, di venir segnalato, poiché conferma, se mai ve ne fosse bisogno, il ruolo di “punta avanzata” dei magistrati nell’evoluzione del diritto.

2. Fattori umani ed extraumani quali cause (o concause) del danno

Quanto alla prima, è doveroso ricordare che ha sollevato molte riserve ed anche aperti dissensi. Già oltre quarant’anni fa, quello che era allora uno dei più noti studiosi della materia, Adriano De Cupis, si chiedeva se fosse “giustificato erigere la responsabilità per danno da cose in categoria autonoma, contrapposta alla responsabilità per danno prodotto dal fatto dell’uomo”² e rispondeva negativamente, “dato che il c.d. danno da cose assume senso giuridico, è produttivo di responsabilità in ragione dell’umana partecipazione alla sua produzione, e quindi della sua umana imputabilità”³.

Personalmente, non mi sentirei di giungere a conclusioni così drastiche. A mio sommesso avviso, possono darsi casi in cui la distinzione tra “fatto dell’uomo” e “fatto della cosa” è pienamente giustificata. Un bosco può bruciare perché un piromane gli ha appiccato il fuoco, ma anche per autocombustione, specie durante un’estate torrida e avara di piogge. In questa seconda ipotesi dov’è l’intervento dell’uomo?

All’estremo opposto troviamo il *damnum iniuria corpore corpori datum*⁴, ossia lo scontro fisico diretto fra due persone che dai tempi della Lex Aquilia ad oggi nulla ha perduto della sua misteriosa (e ferina) attrattiva.

Tra questi due poli opposti l’esperienza quotidiana ci mostra tutta una serie di vicende intermedie, al cui svolgimento concorrono, in misura di volta in volta diversa, fattori umani ed extraumani.

¹ Cfr. M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 712, ove riferimenti.

² *Dei fatti illeciti*, nel Commentario al c.c. a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1971, p. 84.

³ *Op.cit.*, p. 85.

⁴ D. 9, 2, 1.

Confrontiamo questi due esempi. A) Tizio, militare, durante un'azione di guerra imbraccia il fucile, spara e ferisce un soldato nemico. B) Caio, appassionato cacciatore, rientra a casa da una battuta e lascia il fucile carico appoggiato al muro; suo figlio, bambino, lo prende per giocare, e parte il colpo che lo ferisce. Nel primo caso risulta evidente a tutti che a cagionare il danno è stato l'uomo, il quale si è servito del fucile come di un semplice strumento. Nel secondo, invece, agli occhi del profano l'arma campeggia come la causa immediata e diretta del sinistro; ma se si considera l'accaduto nel suo complesso, com'è dovere del giurista, risalendo alla *causa causae*, è facile scorgervi anche un comportamento umano: la grave imprudenza dell'adulto che l'ha lasciata a portata di mano del fanciullo ignaro del pericolo. Noto, per inciso, che tale imprudenza si concreta in una omissione: il padre non ha fatto quello che avrebbe dovuto, ossia riporre il fucile in luogo sicuro. Sul punto avrò occasione di tornare, parlando della responsabilità del custode, ma colgo l'occasione per prospettare fin d'ora a chi mi ascolta un altro esempio. Può accadere che un albero, ancorché giovane e perfettamente sano, si abbatta sulla casa del vicino solo perché si è avuta una nevicata eccezionale, non prevista dai metereologi, mentre un altro non ce la faccia a resistere neppure ad una raffica di vento di media intensità, perché già vecchio e tarlato. Nel primo caso avremo solo un fatto naturale (la nevicata) e nient'altro, nel secondo ad esso (il vento) si aggiungerà la colpa, ancora una volta omissiva, del proprietario (o usufruttuario, o affittuario, ecc.) che non si è preso cura di far tagliare, in tempo utile a prevenire il sinistro, l'albero pericolante.

3. Il concetto di custodia

Del resto, è notorio che il diritto si occupa delle cose solo allorché queste, per la loro attitudine a soddisfare un interesse dell'uomo, diventano in qualche modo parte delle situazioni che a lui fanno capo. Si tratta di un orientamento di fondo che traspare anche dall'art. 2051, per cui non tutte le cose, semplicemente in quanto tali, sono rilevanti, ma soltanto quelle che taluno ha "in custodia". Con questa locuzione i compilatori hanno voluto precisare, per l'appunto, che tra la cosa e l'uomo deve intercorrere un certo rapporto. Si tratta di chiarirne la natura. La custodia consiste nella disponibilità immediata o, come preferisce esprimersi la giurisprudenza, nel "governo" della cosa stessa da parte di un soggetto che non ne è necessariamente il proprietario, potendone essere anche solo un possessore o un detentore qualificato come, ad es., il locatario rispetto al bene locato; ciò che conta è che egli sia in grado di intervenire prontamente per scongiurare il pericolo che essa arrechi danno a terzi. Così custode di una bombola di gas è colui che, con la sua continua e attenta vigilanza, può impedire che essa venga accostata ad una fonte di calore, tanto da provocarne l'esplosione.

Nell'ambito delle cose in custodia sono state proposte, in passato, alcune sud-distinzioni, ormai giustamente abbandonate. Così quella fra cose pericolose e non pericolose. La pratica ha infatti dimostrato che persino una foglia d'insalata, abitualmente innocua, può divenire pericolosa se la si lascia inavvertitamente cadere sul pavimento del negozio di un fruttivendolo, ed un cliente vi scivola sopra⁵.

4. Limiti di applicabilità dell'art. 2051: *res nullius* e cose non suscettibili di custodia

Dall'ambito di applicabilità dell'art. 2051 sono escluse due categorie di cose: quelle che momentaneamente, per motivi contingenti, non hanno custode (si pensi alle *res nullius*) e quelle che, per le loro stesse caratteristiche, non sono suscettibili di custodia. È ovvio che il maggior interesse si sia sempre polarizzato su queste ultime. Ma la norma non fornisce alcun elemento utile alla loro identificazione. Di essa si è fatta carico la dottrina ed ancor più la giurisprudenza, con un lavoro minuzioso che si protrae ormai da decenni, per rendere conto del quale sarebbe necessaria una ricostruzione storico-sistematica talmente ampia, da formare addirittura una monografia. Qui mi limito perciò ad alcuni rapidi cenni, rinviando chi volesse saperne di più alle indicazioni di cui sono ricche talune opere che hanno visto la luce in questi ultimi anni⁶. Il criterio da applicare è semplice e decisivo: le forze umane sono limitate, perciò non sono asseguibili a controllo quelle *res* che, per le loro dimensioni, o per la loro ubicazione, o per altre ragioni, anche ambientali, sfuggono a quella vigilanza assidua che della custodia è tratto caratteristico e indefettibile.

La casistica ben riflette questa presa di posizione, fondata non tanto su principi giuridici quanto sul buon senso. Così, l'art. 2051 è stato ritenuto applicabile ad un giardino pubblico, ad un palazzetto dello sport, ad un edificio scolastico, ad un condominio, ad un supermercato, ad una discoteca, e perfino ad un porto in cui una nave si era arenata perché non erano state eseguite le necessarie opere di dragaggio dei fondali.

Le discussioni più accese, e dall'esito più incerto, si sono avute, e si hanno tuttora, a proposito dei beni facenti parte del demanio stradale.

⁵ Il caso è ricordato da NEGRO, *Il danno da cose in custodia*, Milano, 2009, p. 15.

⁶ Oltre al già citato volume di NEGRO, e, dello stesso, l'esegesi condotta sull'art. 2051 nel *Commentario al Codice civile* diretto da Cendon, Milano, 2008, pp. 851 ss., specie 943 ss.; cfr. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, pp. 451 ss.; COMPORTI, nel *Commentario al c.c.* fondato da SCHLESINGER e diretto da BUSNELLI, *sub art. 2051*, Milano, 2009, pp. 267 ss., specie 317 ss.; meno recente, e concepito come semplice rassegna, GRECO, PASANISI e RONCHI, *I danni da cose in custodia*, nella collana *Il diritto privato oggi, anch'essa a cura di Cendon*, Milano, 2004.

5. In particolare: le strade. Orientamenti della giurisprudenza

In giurisprudenza per molto tempo ha prevalso la soluzione negativa. Ancora dieci anni fa, o poco meno, la Suprema Corte, con una sentenza di cui colpisce soprattutto il tono perentorio, dichiarava: "...la presunzione di responsabilità *ex art. 2051* non è applicabile nei confronti della Pubblica Amministrazione per quelle categorie di beni che sono oggetto di utilizzo generale e diretto da parte di terzi perché in questi casi non è possibile un efficace controllo ed una continua vigilanza da parte della Pubblica Amministrazione tale da impedire l'insorgere di cause di pericolo per i cittadini"⁷. Ora, io non oso sostenere che una simile affermazione sia errata, ma di certo è espressa nei termini assoluti caratteristici delle "massime", che mal si adattano a regolare una materia in cui tanta è la varietà dei casi. In tempi più recenti, invece, troviamo decisioni in cui il linguaggio si fa più "morbido" ed "elastico". All'origine di esso sta una più attenta considerazione della "natura" delle cose e della loro differenza, che esige risposte altrettanto differenziate: ovvero la consapevolezza che non si possono accomunare nello stesso trattamento la piazzetta di un piccolo centro storico e la grande arteria percorsa continuamente da TIR e da Caravan. Eccone un esempio: "...in riferimento al demanio stradale, la possibilità concreta di esercitare la custodia va valutata alla luce di una serie di criteri, quali l'estensione della strada, la posizione, le dotazioni e i sistemi di assistenza che la connotano, sì che soltanto l'oggettiva impossibilità della custodia, intesa come potere di fatto sulla cosa, esclude l'applicabilità dell'art. 2051, che peraltro non sussiste quando l'evento dannoso si è verificato su di un tratto di strada che in quel momento era in concreto oggetto di custodia, come nel caso del demanio stradale comunale all'interno della perimetrazione del centro abitato (D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 4) o quando sia stata proprio l'attività compiuta dalla Pubblica Amministrazione a rendere pericolosa la strada medesima, con conseguente obbligo della stessa di osservare le specifiche disposizioni normative disciplinanti detta attività nonché le comuni norme di diligenza e prudenza"⁸.

Al dogmatismo precedente subentra una mentalità pragmatica. Essa nasce dalla persuasione che la possibilità di sottoporre a custodia le strade non va esclusa *a priori*, solo perché di strade, appunto, si tratta. Anche in questo settore l'indagine va condotta caso per caso, perché ogni strada è diversa dalle altre, applicando i criteri (estensione, posizione ecc.) testè indicati; e s'intende che il loro impiego è rimesso al prudente apprezzamento del giudice di merito, sicché le conclusioni cui giunge, purchè correttamente motivate, saranno incensurabili in sede di legittimità. Da notare anche l'importanza riconosciuta alla dimensione tempora-

7 Cass. 23 febbraio 2005, n. 3745 in *Resp. civ. prev.*, 2005, pp. 376 ss., con ampia Nota di BONA, al quale rinvio per i precedenti.

8 Cass. 8 maggio 2012, n. 6903 in *www.Cortedicassazione.it*

le (“in quel momento”) per cui la medesima strada può essere sufficientemente custodita oggi e non domani, e viceversa, ad es. se varia, in un senso o nell’altro, la quantità di mano d’opera all’uopo disponibile. Con buona pace del poeta, *eadem NON sunt omnia semper*.

L’ultimo inciso si riferisce al caso, frequente, in cui lungo la strada siano in corso lavori – dal rifacimento della segnaletica alla rimozione di una frana – di cui gli utenti devono essere tempestivamente avvertiti. Aggiungo, *en passant*, che qualora detti lavori siano stati affidati in appalto, i nostri giudici sono approdati ad una soluzione che, per il suo equilibrio, è da condividere. Se l’area del cantiere entro cui si svolgono sia stata accuratamente delimitata, transennata e preclusa al traffico, è da ritenere che il potere-dovere di vigilanza sia stato trasmesso all’appaltatore, che, in caso di danno arrecato a terzi, sarà quindi il solo responsabile. Se invece la strada, nonostante lo svolgimento delle opere di restauro, sia rimasta aperta alla circolazione, magari su di una sola corsia circoscritta dai “birilli”, avremo un’ipotesi di vigilanza congiunta, per cui responsabili saranno (in solido, s’intende, per quanto disposto dall’art. 2055, primo comma), sia l’appaltatore sia la Pubblica Amministrazione, a tutto vantaggio del danneggiato, che potrà agire così per l’intero risarcimento dovutogli nei confronti di due debitori, anziché di uno solo (salvo, fra questi ultimi, l’esercizio dell’azione di regresso, sempre per quanto disposto dall’art. 2055, al secondo comma). Ed è appena il caso di aggiungere che la scelta fra le due soluzioni dipenderà non dalle “parole” (cfr. art. 1362) eventualmente usate nel contratto d’appalto, ma dalla situazione reale, perché la custodia, come già sappiamo, appartiene al mondo dei fatti.

6. Opportunità di tener conto anche del Codice della strada (D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285)

Tornando alla sentenza n. 6903 del 2012, val la pena di sottolineare altresì il riferimento in essa contenuto ad una disposizione del Codice della strada: l’art. 4, che, come s’è visto, fornisce la nozione di centro abitato. A quanto mi risulti, esso costituisce infatti una rarità, in sede d’interpretazione dell’art. 2051, e lascia sperare che, in un prossimo futuro, venga preso in considerazione a tal fine anche l’art. 14 dello stesso codice, ove sono elencati, per l’appunto, i “poteri e compiti degli enti proprietari delle strade”, cioè, per dirla nel linguaggio del civilista, gli aspetti della custodia che loro compete su di esse, cominciando dalla relativa “manutenzione, gestione e pulizia” e dal “controllo tecnico” della rispettiva “efficienza”.

Ho lasciato per ultima la considerazione più importante: le telecamere, l’autovelex e gli altri strumenti di cui la polizia stradale dispone oggi, ed ancor più disporrà in futuro (almeno, si spera) consentiranno un sempre maggior controllo della rete viaria, per quanto estesa e ramificata, sicché anche (e soprattutto) gra-

zie al progresso scientifico il controllo dell'uomo sulle cose è destinato ad espandersi. Ne consegue che destinata invece a restringersi, d'altrettanto, è l'area del caso fortuito, inteso come evento imprevedibile ed inevitabile.

7. Natura della responsabilità

E vengo all'ultimo punto di questa lezione, forse già sin troppo lunga. Sulla natura della responsabilità *ex art. 2051* la dottrina non ha ancora trovato l'accordo. Gli studiosi della *nouvelle vague*⁹ sono propensi a ravvisare in essa un esempio di responsabilità obbiettiva, per la quale non si tiene conto del comportamento del custode, ma solo del nesso eziologico fra cosa e danno. Peraltro la tesi, già largamente condivisa almeno fino all'inizio degli anni Sessanta, della responsabilità aggravata, ha trovato ancor di recente nel Bianca un energico sostenitore. Si tratta dell'opinione che anche a me sembra più convincente; perciò qui posso limitarmi a pochi cenni riassuntivi, rinviando per un'esposizione più dettagliata agli scritti del predetto Autore, specialmente a quelli brevi, presentati in forma di "spunti"¹⁰, in cui, accanto alla chiarezza abituale fa capolino una garbata *vis polemica*.

Si parla di responsabilità aggravata perché a carico del custode è posta una presunzione *iuris tantum* di colpa. Questa, secondo la *ratio* della norma, si giustifica in considerazione del fatto che dalla cosa, per quanto innocua possa sembrare (ripensiamo alla foglia d'insalata!) può derivare un danno, che il custode ha il dovere d'impedire, proprio per la sua qualità di custode. Se vien meno a questo dovere incorre in una colpa, che potrà presentarsi in tutti i suoi ben noti aspetti: negligenza, imprudenza, imperizia, inosservanza di leggi ecc. (cfr, art 43, terzo comma, c.p.) ma per lo più si concreterà, come già ho accennato, in una omissione. E la prova del fortuito consiste per l'appunto nella dimostrazione che il danno si è verificato nonostante egli abbia fatto quanto dipendeva da lui per evitarlo, conformando la sua condotta a quella del *bonus paterfamilias*: un criterio di valutazione, questo, che, grazie alla sua elasticità, potrà essere adattato, di volta in volta, alle diverse caratteristiche della cosa, e, più in generale, alla situazione che il custode si è trovato a dover fronteggiare. Non a caso il concetto di fortuito costituisce la trasposizione, sul piano giuridico, dell'idea popolare di fatalità: e la fatalità comincia proprio laddove le (limitate) forze umane vengono meno.

⁹ Cfr. per tutti FRANZONI, *op. cit.*, pp. 395 ss., specie 504 ss. ove riferimenti.

¹⁰ BIANCA, *Danni da beni demaniali: spunti sistematici in tema di responsabilità del custode sollecitati dalla lettura delle sentenze della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 27 ss.; ID., *Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose*, in *Giust. civ.*, 2010, II, pp.19 ss.

E la giurisprudenza che ne pensa? Auguriamoci che qualche giovane di buona volontà si assuma il compito non lieve di farcene avere una rassegna completa, almeno per l'ultimo quinquennio, assumendo, cioè, come *dies a quo*, la pubblicazione dei saggi di BIANCA, in modo da poter verificare se e quanta risonanza abbiano avuto. Ma un punto è certo fin d'ora. Non mancano casi in cui anche la Cassazione preferisce ragionare in termini di colpa, anziché di responsabilità oggettiva. Eccone uno¹¹. Il sig. P.D. aveva chiesto il risarcimento del danno subito allorché, nel percorso da T. ad S., “la sua macchina operatrice, trasportata su di un rimorchio, aveva urtato contro un ramo d'olivo che da un fondo attiguo di proprietà privata sporgeva sulla strada”. Convenuti, da un lato il proprietario del fondo in cui cresceva l'albero, che avrebbe dovuto tagliare quel ramo, per non creare intralci alla circolazione, dall'altro l'Amministrazione provinciale di T., in quanto proprietaria della strada, che, stante l'inerzia del vicino, a quel taglio avrebbe dovuto provvedere di sua iniziativa. La domanda era stata respinta sia dal Tribunale che dalla Corte d'Appello. I giudici di merito avevano accertato che l'incidente era avvenuto lungo un tratto rettilineo e pianeggiante alle 20,30 (ora legale, quindi, col sole, alle 19,30) in una giornata estiva (7 luglio) di bel tempo, e tanto era bastato per addossare tutta la responsabilità all'autista “del mezzo sul quale era trasportata la macchina operatrice” in base alla considerazione che, in quelle condizioni di tempo e di luogo, ben avrebbe potuto scorgere l'ostacolo ed evitarlo, se solo fosse stato un po' più attento.

La Cassazione, a sua volta, ha riconosciuto “elementi di colpa” a carico di entrambi i convenuti, ma, anziché applicare, come, a questo punto, sarebbe stato lecito attendersi, l'art. 1227 (testualmente richiamato, in materia di fatti illeciti, dall'art. 2056) ha integralmente confermato la sentenza oggetto del ricorso, formulando il seguente principio: “...una volta accertata la sussistenza della duplice circostanza della visibilità del pericolo e della evitabilità dello stesso...la conseguente responsabilità derivante dal difetto di manutenzione della via può essere attenuata o esclusa in funzione dell'accertamento della concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire e prevedere con l'ordinaria diligenza la situazione di rischio”.

Come ognuno vede, la decisione è tutta permeata dall'idea che senza colpa non possa esservi responsabilità, proprio come ci hanno insegnato gli Illuministi. Qui, *ad abundantiam* si è calcata la mano su quella del danneggiato, per alleggerire, d'altrettanto, quella della Provincia di T., e mandarla assolta da ogni pretesa, anche senza richiedere da lei la prova del fortuito. Si affaccia qui un atteggiamento di favore nei confronti della Pubblica Amministrazione, non raro nei nostri giudici, sì che più d'uno ha parlato, in proposito, di un privilegio che nella pratica tenacemente persiste, con tanti saluti alla Costituzione. Ma questo è un altro discorso.

¹¹ Cass. 20 maggio 2014, n. 11079 in www.Cortedicassazione.it

RIASSUNTO

È il testo di una lezione tenuta alla Scuola Forense De Andrè di Genova su richiesta del locale Consiglio dell'Ordine degli Avvocati. L'Autore illustra, nelle sue applicazioni più recenti, l'art. 2051 c.c., che ha grande rilievo anche per quanto attiene alle azioni di rivalsa esercitate dall'INAIL nei confronti dei responsabili degli infortuni sul lavoro.

SUMMARY

This is the text of a lecture held on the Scuola Forense De Andrè (School of Forensic Sciences) of Genoa at the instance of the Consiglio dell'Ordine degli Avvocati (Board of the Bar Association Genoa). The Author presents, in its most recent applications, Section 2051 of the Italian Code of Civil Law, which also plays a very significant part in legal actions for compensation filed by INAIL against those who are responsible for work-related injury.