

CAPITOLO II

LA COLPA E LA COLPA GRAVE

SEZIONE I

LE VARIAZIONI SULLA COLPA

SOMMARIO: 1. La colpa, la colpa lieve, la colpa grave. – 2. La colpa grave nell'esercizio delle attività professionali. – 3. La legge dei pubblici impiegati: la colpa grave dei medici.

1. *La colpa, la colpa lieve, la colpa grave*

Il codice civile non solo non fornisce la definizione di colpa, ma neppure sembra aver attribuito rilievo al vecchio adagio delle fonti: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. Anzi dalla lettura della Relazione al codice civile si ricava che non è stata accolta la tesi sostenuta sotto il vigore del passato codice, secondo la quale la rilevanza della colpa lievissima in ambito extracontrattuale avrebbe costituito proprio l'elemento distintivo dalla colpa contrattuale¹.

¹ Cfr. l'esame del problema svolto da VISINTINI, *I fatti illeciti*, II, cit., p. 55 ss., con le indicazioni alla dottrina di inizio del secolo; ora in *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 3 ss. Fra i tanti PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, cit., p. 356 s., abbandona la prospettiva dei tre gradi di colpa in favore della sola colpa lieve e colpa grave, la cui legittimazione traeva fonte nella legge, anche nel passato codice civile. Talvolta la giurisprudenza si richiama alla colpa lievissima, ma si tratta di *obiter dicta*: Pret. Asti, 22 novembre 1967, in *Arch. resp. civ.*, 1967, p. 963; Pret. Taranto, 22 maggio 1986, in *Arch. circolaz.*, 1987, p. 972, quest'ultima in tema di responsabilità per il fatto degli animali: l'osservazione è di ALPA e BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, XIV, cit., p. 294, che confermarono l'unitarietà del concetto di colpa e la irrilevanza dell'antico adagio. Per

Secondo la tradizione del diritto comune francese, vi sarebbero tre gradi di colpa: la colpa lievissima, la colpa lieve e la colpa grave. La prima si avrebbe quando non si usa la diligenza propria delle persone eccezionalmente prudenti e caute. La colpa lieve si avrebbe per non uso della diligenza propria alle persone di media capacità. Infine la colpa grave si avrebbe per non uso della diligenza che è propria della assoluta maggioranza degli uomini, sicché chi ha tenuto una tale condotta non ha fatto ciò che tutti gli uomini fanno comunemente, anche quelli dotati di scarsa abilità².

Il codificatore italiano si è discostato da questa partizione ed ha adottato un criterio di misura della colpa uniformato sul comportamento del buon padre di famiglia. Certo, tale modello di comportamento non è rigido, si deve adattare alle circostanze del caso, tra le quali vanno considerate la natura dell'attività lesiva, del bene colpito e le qualità personali dell'agente. In questo modo si assiste ad un avvicinamento dei modelli della dogmatica elaborati in passato che distinguevano in *culpa in abstracto*, da intendersi come sinonimo di inadempimento dell'obbligazione, ed in *culpa in concreto*, da intendersi come criterio di imputazione della responsabilità civile.

L'unica graduazione che il legislatore civile ha accolto è quella tra colpa ordinaria e colpa grave. Vi sono ipotesi in cui la responsabilità può essere dichiarata solo se sussiste la colpa grave o il dolo³, ed alcune di queste so-

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, cit., p. 538, la colpa lievissima ha rilievo solo negli artt. 2050 e 2054 c.c.

² Una definizione di colpa grave nell'esercizio dell'attività amministrativa è data dal T.a.r. Puglia, sez. II, 18 luglio 2002, n. 3399, in *Giust. amm.*, 2002, p. 817, con nota di PERIN, *Lesione d'interessi legittimi, risarcimento del danno, colpa grave dell'amministrazione e degli amministratori*; e in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2002, p. 655, con nota di CRISTANTE, *La sussistenza del profilo soggettivo ai fini della risarcibilità della lesione di posizioni giuridiche soggettive determinata da illegittima condotta della pubblica amministrazione*: «la colpa grave [...] non si identifica con la mera illegittimità dell'atto (*culpa in re ipsa*), ma richiede gli estremi della contrarietà ai principi di legalità, di buona amministrazione e ragionevolezza, nonché piena consapevolezza dell'atto adottato ed inosservanza di norme non suscettibili di interpretazione soggettiva; non si rinviene l'estremo della colpa grave, viceversa, nel caso in cui la normativa applicabile sia equivoca o contraddittoria, ovvero nel caso in cui la questione sia nuova, nonché nel caso di oscillazioni giurisprudenziali che hanno potuto condizionare l'illegittima condotta».

³ Cfr. App. Cagliari, 9 dicembre 1986, in *Riv. giur. sarda*, 1987, p. 702, la quale precisa che «nei casi in cui la legge subordina la responsabilità civile per danni cagionati a terzi alla colpa grave dell'agente, devono essere individuati nelle singole fattispecie, in modo esplicito ed univoco con valutazione di certezza, gli elementi o le ragioni che sostanziano la gravità della colpa».

no previste anche al di fuori del codice. In sede contrattuale, la previsione di colpa grave indica una limitazione della responsabilità del debitore, in deroga all'art. 1218 c.c., come nell'art. 789 c.c., secondo il quale «il donante, in caso di inadempimento o di ritardo nell'eseguire la donazione, è responsabile soltanto per dolo o per colpa grave»; in tutte le ipotesi che danno luogo a colpa professionale, se l'attività prestata imponga la soluzione di particolari problemi tecnici, per le quali vale la regola posta dall'art. 2236 c.c. Con la precisazione che, in quanto deroga al principio generale, questa deve essere interpretata restrittivamente, come indirettamente si desume anche dall'art. 1229, comma 1, c.c.

Talvolta la colpa grave è impiegata quale criterio di misura dell'esattezza dell'adempimento: così è nell'art. 1698 c.c., in tema di trasporto, secondo il quale «il ricevimento senza riserve delle cose trasportate col pagamento di quanto è dovuto al vettore estingue le azioni derivanti dal contratto, tranne il caso di dolo o colpa grave del vettore»; nell'art. 1713 c.c., secondo il quale «la dispensa preventiva dall'obbligo di rendiconto non ha effetto nei casi in cui il mandatario deve rispondere per dolo o per colpa grave»; nell'art. 1836 c.c., secondo il quale «se il libretto di deposito è pagabile al portatore, la banca che senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del possessore è liberata, anche se questi non è il depositante»; nell'art. 1889, comma 2, c.c., in tema di polizze all'ordine e al portatore, secondo il quale, «l'assicuratore è liberato se senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del giratario o del portatore della polizza, anche se questi non è l'assicurato».

In altri casi la colpa grave è un mezzo per attribuire speciali diritti ad una parte, come avviene in ambito assicurativo: l'art. 1892 c.c., in tema di dichiarazioni inesatte e reticenze dell'assicurato, prevede che «le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave»; lo stesso dicasi in tema di miglioramenti nella locazione, dove l'art. 1592, comma 2, c.c., prevede che «anche nel caso in cui il conduttore non ha diritto a indennità, il valore dei miglioramenti può compensare i deterioramenti che si sono verificati senza colpa grave del conduttore».

Infine, la colpa grave è un criterio per delimitare l'oggetto del contratto, come avviene in ambito assicurativo per effetto dell'art. 1900 c.c.: «l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o da colpa grave

del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, salvo patto contrario per i casi di colpa grave». Lo stesso accade per il patto di esonero dalla responsabilità dell'art. 1229, comma 1, c.c., nel quale la presenza della colpa grave o del dolo rende nullo quel patto⁴.

Al di fuori dell'ambito contrattuale, la colpa grave costituisce un limite della responsabilità, come ad esempio nell'art. 491 c.c., a proposito della responsabilità dell'erede nell'amministrazione dei beni, secondo il quale «l'erede con beneficio d'inventario non risponde dell'amministrazione dei beni ereditari se non per colpa grave»; nell'art. 935 c.c., quanto alle opere fatte dal proprietario del suolo con materiali altrui, prevede che «il proprietario del suolo che ha fatto costruzioni, piantagioni od opere con materiali altrui deve pagarne il valore, se la separazione non è chiesta dal proprietario dei materiali, ovvero non può farsi senza che si rechi grave danno all'opera costruita o senza che perisca la piantagione. Deve inoltre, anche nel caso che si faccia la separazione, il risarcimento dei danni, se è in colpa grave»; analoga disposizione è contenuta nel successivo art. 939, comma ultimo, c.c., in tema di unione e commistione, quando il fatto o la separazione non sia possibile per colpa grave di uno dei proprietari; l'art. 2864, comma 1, c.c. prevede che «il terzo è tenuto a risarcire i danni che da sua colpa grave sono derivati all'immobile in pregiudizio dei creditori iscritti»; l'art. 1992, comma 2, c.c., in tema di titoli di credito, prevede che «il debitore, che senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del possessore, è liberato anche se questi non è il titolare del diritto»; disposizioni analoghe si ritrovano negli artt. 14, 20, comma 2; 46, comma ultimo, r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669 (l. camb.) e nell'art. 24, r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736 (l. ass.).

Ad altro riguardo, la colpa grave assume rilevanza, in sede di ripartizione finale del costo del danno, dunque non costituisce criterio di imputazione della responsabilità civile. Così, ad esempio, il grado della colpa può influire in sede di regresso *ex* art. 2055, comma 2, c.c. o nel concorso *ex* art. 1227, comma 1, c.c., per la disciplina della ripartizione del costo del danno.

⁴ Per un es. concreto, Cass., 10 gennaio 1998, n. 158, in *Giur. it.*, 1998, p. 499: «è esente da vizi logici e giuridici la sentenza di merito in cui si afferma la colpa grave della banca che pur abbia posto in essere sofisticate attrezzature di protezione, allorché le modalità con cui si è realizzata l'operazione di "ripulitura" delle cassette di sicurezza dimostri che non era stato predisposto un servizio di vigilanza idoneo ad intercettare tempestivamente l'esecuzione di imprese criminose».

Le ragioni per le quali il legislatore ha preteso che in alcune ipotesi il contenuto della diligenza sia ridotto ad una soglia minima, anziché ad uno *standard* medio, vanno ricercate nella *ratio* delle singole norme⁵. Si può tuttavia affermare che la scelta della colpa grave è motivata da una precisa valutazione degli interessi in conflitto, dalla quale il legislatore ha ritenuto di non voler penalizzare la condotta dell'agente, ritenendo di proteggere la vittima solo entro esigui limiti (ad esempio art. 96 c.p.c., quanto alla lite temeraria, cui si aggiunge ora l'art. 385, comma ultimo, c.p.c.; art. 427, comma 3, c.p.p., a proposito della proposizione di querela). Sulla questione si tornerà oltre, esaminando la colpa professionale, ed ancora analizzando l'antico principio che vuole equiparato il dolo alla colpa grave. Qui preme solo sottolineare che la graduazione tra colpa grave e colpa lieve ha fondamento normativo e che in presenza della prima la colpa funge anche da strumento per attuare la soluzione del conflitto ipotizzato dal legislatore, oltre che da criterio di imputazione della responsabilità civile. La tecnica è molto simile a quella impiegata nella tipizzazione degli illeciti di dolo.

2. La colpa grave nell'esercizio delle attività professionali

Nell'ambito delle professioni intellettuali si ritiene che il maggior rigore nella prova della colpa derivi dall'applicazione dell'art. 2236 c.c., estensibile anche alla responsabilità extracontrattuale⁶, non invece a quella pe-

⁵ È questa la conclusione di CIAN, «*Lata culpa dolo aequiparatur*», in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 175 ss., al termine dell'emblematica rassegna condotta su: art. 491 c.c., che prevede la responsabilità dell'erede con beneficio di inventario per l'amministrazione dei beni ereditari se non per colpa grave; art. 2864 c.c., sulla responsabilità di un terzo di un bene ipotecato; artt. 1229, 2236 c.c.; 414 cod. nav.

⁶ Cfr. Cass., 20 novembre 1998, n. 11743, in *Mass. Foro it.*, 1998; Cass., 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 600, con nota di CARUSI, *Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona*; Cass., 7 agosto 1982, n. 4437, in *Resp. civ.*, 1984, p. 78, con nota di SOMARÉ, *Alcune considerazioni in tema di diligenza*; più precisamente Cass. pen., 20 ottobre 1980, in *Riv. pen.*, 1980, p. 832; VISINTINI, *I fatti illeciti*, II, cit., p. 93 ss.; BRECCIA, *Colpa professionale*, in *Giurisprudenza per massime ed il valore del precedente*, a cura di Visintini, Padova, 1988, p. 313 ss., che esaustivamente ricostruisce il dibattito sull'art. 2236, e la sua influenza in campo penale limitatamente alla valutazione della perizia, dopo la sentenza della Corte cost., del 1973; resta fondamentale il saggio di CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 69 ss., soprattutto

nale⁷. In ambito professionale, si afferma inoltre, la colpa assume prevalentemente il carattere dell'errore determinato da «ignoranza di cognizioni tecniche o da inesperienza professionale»⁸, cioè consiste in una imperizia (art. 43 c.p.). È proprio questo il senso del *favor* accordato ai professionisti, dall'art. 2236 c.c., che tuttavia non si estende alla negligenza ed alla imprudenza comuni.

Il limite della colpa grave vale solo se «la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà», che, quindi, esulano dalla prassi o dalla comune esperienza⁹; altrimenti vale il limite della colpa ordi-

to sulla interpretazione della colpa grave prima dell'inversione di tendenza verificatasi negli anni settanta.

⁷ Cfr., per tutte, Cass. pen., 24 giugno 1987, in *Cass. pen.*, 1989, p. 68, secondo cui, «l'accertamento della colpa professionale del sanitario, che deve essere valutata con larghezza e comprensione, per la peculiarità dell'esercizio dell'arte medica e per le difficoltà dei casi particolari, ma pur sempre nell'ambito dei criteri dettati, per l'individuazione della colpa medesima, dalla norma dell'art. 43 c.p., non può essere effettuato in base agli elementi dettati dall'art. 2236 c.c., secondo cui il prestatore d'opera è esonerato dall'obbligo del risarcimento danni, quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, tranne che nell'ipotesi di commissione del fatto con dolo o colpa grave; l'applicazione di questa norma non può avvenire con interpretazione analogica perché vietata a causa del carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi generali (artt. 1176, 1218, 2043 c.c.); essa è inoltre esclusa per la sistematica disciplina del dolo e della colpa in diritto penale; infatti, il grado della colpa è previsto solo come criterio per la determinazione della pena (art. 133 c.p.) o come circostanza aggravante (art. 61, n. 3, c.p.), ma in nessun caso per determinare la stessa sussistenza dell'elemento psicologico del reato, sicché il minor grado di colpa non può avere giammai efficacia scriminante»; Cass. pen., 8 novembre 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 865; *contra*, tuttavia, Pret. Firenze, 10 maggio 1999, in *Foro toscano*, 1999, p. 333, con nota di D'AGOSTINO, *Un'interessante pronuncia in tema di colpa medica – A proposito della rilevanza penale dell'art. 2236 c.c.*

⁸ Cfr. Cass., 15 aprile 1982, n. 2274, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 573. Precisa il Pret. Verona, 12 luglio 1989, in *Riv. it. medicina legale*, 1990, p. 586, che si ha colpa grave «allorché il comportamento del medico sia incompatibile con il livello minimo di cultura ed esperienza indispensabile per l'esercizio della professione sanitaria; l'imperizia, in definitiva, si sostanzia nell'errore diagnostico o terapeutico».

⁹ Cfr. Cass., 16 novembre 1988, n. 6220, in *Mass. Foro it.*, 1988: «in tema di danni cagionati ad un paziente da prestazioni mediche, nel campo chirurgico, quando l'intervento operatorio sia di difficile esecuzione (poiché richiede notevole abilità, implica la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciali complessità e comporta un largo margine di rischio), il paziente deve provare, ai fini dell'accertamento della responsabilità del chirurgo, in modo preciso e specifico le modalità di esecuzione dell'atto e delle prestazioni post-operatorie; diversamente, per l'intervento di non difficile esecuzione, ed il cui risultato sia peggiorativo delle condizioni iniziali del paziente, questo adempie l'onere a suo carico provando solo che l'operazione era di facile esecuzione e che ne è derivato un risultato peg-

naria¹⁰. Questo orientamento si è formato soprattutto nell'ambito delle professioni mediche, ma la distinzione secondo la natura dell'attività prestata è effettuata anche per altre professioni intellettuali¹¹. Qui la colpa risulta dalla mancanza della professionalità necessaria, dunque, dall'assenza della perizia richiesta per eseguire il compito.

La casistica dimostra come, nelle diverse attività professionali, l'individuazione di un problema di particolare complessità segue regole non sempre omogenee. Soprattutto nell'ambito della professione medico-chirurgica si assiste ad un innalzamento del livello di responsabilità del professionista proprio facendo leva sull'elemento della imperizia; lo stesso avviene nelle professioni tecniche (ingegneria, architettura), non invece nella professione forense¹². In altri termini, normalmente si esclude che ricorra un

peggiorativo, dovendosi presumere l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale del chirurgo, con la conseguenza che in tale caso spetta al professionista fornire la prova contraria, cioè che la prestazione era stata eseguita idoneamente e l'esito peggiorativo era stato causato dal sopravvenire di un evento impreveduto ed imprevedibile oppure dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del malato, non accertabile con il criterio della ordinaria diligenza professionale (nella specie, alla stregua del ribadito principio, la Suprema Corte ha confermato la decisione del merito che aveva ravvisato nesso causale e colpa professionale con riguardo ad un'atrofia testicolare insorta a seguito della recisione del canale deferente avvenuta nel corso di un'operazione di ernia). Nello stesso senso Cass., 7 maggio 1988, n. 3389, *ivi*, 1988; Trib. Napoli, 11 febbraio 1985, in *Dir. e giur.*, 1986, p. 1021.

¹⁰ Cfr., fra le tante, Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 614, nella quale si precisa che, se l'intervento era di facile esecuzione, è sufficiente la prova dell'esito peggiorativo dell'intervento chirurgico per sostenere la responsabilità del medico e dell'ente dal quale dipende, salvo che questi dimostrino che il peggioramento dipese da un evento imprevedibile o da particolari condizioni fisiche del paziente. Il Trib. Vicenza, 27 gennaio 1990, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, p. 734, ha giudicato di *routine* l'intervento chirurgico di parto cesareo.

¹¹ Cfr. Cass., 15 aprile 1982, n. 2274, in *Mass. Foro it.*, 1982, lo ha applicato ad un architetto, escludendo che si estenda alla interpretazione da questi compiuta di un'autorizzazione amministrativa; Cass., 21 luglio 1989, n. 3476, n. 3476, *ivi*, 1989, che ha escluso la necessità della colpa grave per un fatto consistito in uno sconfinamento dovuto ad un errore di calcolo nel progetto redatto da un ingegnere; Pret. Taranto, 19 febbraio 1982, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 581, in cui era invocata la responsabilità di un avvocato per l'errata interpretazione sulla forma richiesta ad un contratto preliminare ed anche Trib. Benevento, 18 gennaio 1982, in *Giur. merito*, 1983, p. 620, con nota di CANNICOLA, *In tema di ingiunzione per onorari di responsabilità del difensore*; App. Roma, 27 novembre 1986, in *Nuovo dir.*, 1988, p. 437, lo ha applicato ad un dentista.

¹² Cfr. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, cit., *sub* art. 1218-1222, p. 199 ss.

problema di tecnico di speciale difficoltà da risolvere, quindi si esclude la possibilità di applicare l'art. 2236 c.c., quindi si applica l'art. 1176, comma 2, c.c. o si procede verso l'introduzione della colpa professionale.

La progressiva riduzione dell'ambito di operatività della colpa grave, nella responsabilità per l'esercizio di attività professionali, comporta l'innalzamento del grado di perizia richiesto nell'espletamento della professione. Si afferma, seppure indirettamente, che sono aumentati i mezzi di divulgazione dei risultati scientifici e più in generale della casistica, sicché è a carico del professionista l'obbligo di aggiornarsi. Ciò significa che lo *standard* valutativo del comportamento del professionista è in costante innalzamento, con la conseguenza che, di errori rispetto ai quali in passato questi rispondeva solo per dolo o colpa grave, oggi egli risponde secondo le regole comuni¹³.

Il noto brocardo *imperitia culpa aequiparatur*, nato per sanzionare l'ignoranza del venditore-fabbricante circa i vizi della cosa venduta, è stato esteso a tutte le attività umane ed ha assunto una caratterizzazione particolare proprio nel settore delle attività professionali¹⁴. Tuttavia, quando l'intervento implichi la soluzione di problemi di particolare difficoltà ed il professionista sia consapevole dei propri mezzi e delle proprie conoscenze, soltanto l'errore grossolano può costituire fonte di responsabilità verso la vittima. Qui la colpa lieve costituisce un'esimente dalla responsabilità e ciò si giustifica come un necessario bilanciamento rispetto al rischio che il professionista assume nell'intraprendere una certa attività. Per non essere scoraggiato dall'assumere iniziative pericolose, gli è alleggerito il carico di responsabilità¹⁵.

¹³ È quanto afferma indirettamente la Cass., 7 agosto 1982, n. 4437, in *Mass. Foro it.*, 1982, la quale collega la difficoltà del problema alla presenza di un professionista capace di un impegno intellettuale superiore alla media. Dicendo ciò, peraltro, dà per ammesso che questi limiti sono relativi e dipendenti dal livello di conoscenze scientifiche del professionista in quel momento.

¹⁴ Cfr. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 271 ss.

¹⁵ Cfr. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, cit., p. 104 ss.; Cass., 8 agosto 2000, n. 10431, in *Mass. Foro it.*, 2000, ravvisa una responsabilità attenuata del professionista: si trattava di un avvocato.