



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

E.G.D. van Dongen

**Considerazioni storiche e comparative sulla
colpa della vittima nella responsabilità da
fatto illecito, con particolare riferimento
all'esperienza moderna**

Numero X Anno 2017

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, D. Ceccarelli Morolli, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, S. Di Salvo, I. Fagnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attesa considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

**CONSIDERAZIONI STORICHE E COMPARATIVE SULLA
COLPA DELLA VITTIMA NELLA RESPONSABILITÀ DA FATTO
ILLECITO, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO
ALL'ESPERIENZA MODERNA***

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Il diritto romano nell'antichità.* – 3. *Il diritto comune.* – 3. *Il diritto comune.* – 3.1 *La dottrina romanistica medievale.* – 3.2 *Diritto medievale canonico.* – 4. *Il contributo della scuola degli Umanisti, la recezione, il diritto romano-olandese, l' 'usus modernus' e la scuola di diritto naturale dei Paesi dell'Europa del Nord.* – 5. *L'elemento della colpa della vittima nel XIX secolo.* – 6. *Il concetto della colpa della vittima nel diritto moderno.* – 7. *Conclusioni.*

1. *Introduzione*

Gli eventi dannosi si verificano spesso come conseguenza del comportamento colposo, non solo dell'autore dell'illecito, ma anche della parte che ne risulta offesa¹. Il presente studio intende indagare l'evoluzione storica dell'elemento della colpa della vittima nella responsabilità extracontrattuale da fatto illecito e l'influenza che tale istituto giuridico ha ricoperto nel diritto romano fino ai

* Il presente contributo è tratto dal lavoro più ampio svolto ai fini della tesi di dottorato, v. E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence. A Historical and Comparative Study*, Leiden, 2014. Si veda anche, più recentemente, E.G.D. VAN DONGEN & H.P. VERDAM, *The Development of the Concept of Contributory Negligence in Civil and Common Law. A Comparison*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, LVII.3, 2016, 324-347. Si ringraziano i revisori anonimi per i loro preziosi commenti e la dott.ssa Martina Buscemi per la revisione linguistica.

¹ In questo articolo, le espressioni «concorso di colpa» o «colpa propria della parte lesa», non devono intendersi come elementi di un atto illecito colposo, ma si riferiscono piuttosto all'incuranza a danno degli stessi interessi della vittima.

nostri giorni. Un'attenzione particolare è rivolta alle conseguenze giuridiche della presenza della colpa della vittima nella responsabilità extracontrattuale: dall'approccio "tutto o niente" alla ripartizione dei danni tra chi commette l'illecito e la persona che ne risulta offesa. L'analisi che segue è volta quindi a valutare se, e in che misura, i sistemi giuridici attuali, con particolare riguardo a quello francese, tedesco e olandese, sono stati influenzati dallo *ius commune*, dalle teorie del Diritto Naturale e dai pandettisti tedeschi del XIX secolo, in relazione al problema della colpa della vittima. Viene altresì messo in luce come questi sistemi giuridici hanno adottato un proprio peculiare approccio alla questione in esame, analizzando le soluzioni elaborate nei diversi periodi storici e quali sono state le motivazioni giuridiche poste alla base di tale scelta.

2. *Il diritto romano nell'antichità*

Nel diritto romano le disposizioni in merito alla questione del contributo della parte lesa alla determinazione dei danni da essa subiti si possono rintracciare nella *lex Aquilia*, un plebiscito datato attorno al 286-287 a.C.², che riguardava il delitto *damnum iniuria datum* (ossia i danni causati illecitamente)³. In virtù di questa legge la vittima poteva promuovere l'*actio legis Aquiliae* nei confronti della persona che aveva commesso il delitto e, sulla base del primo capitolo della legge, veniva pagata una sanzione in caso di uccisione

² Si vedano, ad esempio, M. KASER *Das römische Privatrecht*, I, Monaco, 1971, 161 e A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Aalen, 1984, 234.

³ Sulla *lex Aquilia* si veda, *ex multis*, A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padova, 2008.

illegittima dell'altrui schiavo o animale quadrupede⁴. Alla luce invece del terzo capitolo di questa legge, doveva altresì pagarsi una sanzione in caso di illecito incenerimento, danneggiamento o distruzione dell'altrui schiavo, animale quadrupede o altro oggetto corporeo⁵.

Dall'analisi delle fonti è possibile desumere che nel diritto romano (post) classico una nozione giuridica specifica della colpa della vittima, così come è intesa oggi, non esisteva⁶. Gli esempi ricavabili dal Digesto mostrano infatti come le teorie tecniche (e dogmatiche) spesso non sono presenti nei *responsa* dei giuristi classici. I giuristi del diritto romano non applicavano la teoria della *culpa compensatio* ai casi in esame⁷ e gli studiosi medievali e moderni hanno ricavato tale teoria da un'interpretazione 'forzata' delle fonti del diritto romano⁸. I giuristi del diritto romano si limitavano piuttosto ad analizzare se l'illecito, sulla base delle circostanze specifiche del caso concreto, fosse dovuto alla *culpa* dell'autore dell'offesa. Da alcuni testi del Digesto, quali ad esempio i frammenti riguardo ai danni causati dal lancio del giavelotto (D. 9.2.9.4), si evince che i giuristi romani valutavano l'elemento della *culpa* in modo casistico⁹. A tal fine, essi ricorrevano spesso alla

⁴ Gai. 7 *ad ed.* D. 9.2.2pr.

⁵ Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27.5.

⁶ Si veda E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 13-104.

⁷ Diversamente v. *inter alios* A. PERNICE, *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar, 1867, 60 ss.; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, 106 e 136.

⁸ E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 94 e 103 e anche già G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, in *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, a cura di A. Biscardi *et al.*, Madrid, 1994, 862.

⁹ Si veda anche R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 1008. Il problema in esame non è risolto in maniera soddisfacente dalle teorie sulla causazione applicabili, ad esempio, al D. 9.2.9.4, che contiene la regola secondo cui il nesso causale tra l'atto compiuto

teoria dello *status* elaborata da Ermagora di Temno (II secolo a.C.),¹⁰ grazie alla quale affrontavano specificatamente la questione della colpa della vittima¹¹. Così facendo determinavano ciò che era in discussione nel caso tramite argomenti retorici. Questa teoria ha avuto un ruolo centrale per i giuristi al fine di sostanziare le loro decisioni in modo convincente¹². Per risolvere i casi non era necessario, ovviamente, scegliere tra le argomentazioni giuridiche e retoriche, dal momento che esse erano interconnesse e solo insieme potevano offrire un'interpretazione adeguata dei casi¹³.

A causa del carattere penale della *actio legis Aquiliae* (ossia l'*actio* basata sulla legge aquiliana), e della formulazione della *lex Aquilia*, l'unica questione rilevante e decisiva per il diritto romano classico era se l'autore dell'illecito avesse agito o meno con colpa (*culpa*). Secondo i formulari di procedura, il giudice poteva

dall'autore dell'illecito e il danno può essere rescisso da un atto della parte lesa. Tale ragionamento non è applicabile nei casi in cui l'autore dell'illecito agisce intenzionalmente, sebbene il risultato dovrebbe essere il medesimo a prescindere dalla natura intenzionale o solamente negligente dell'azione. Si vedano W.W. BUCKLAND & A.D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, revised by F.H. LAWSON, Cambridge, 1974, 372; W.W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, rivisto da P. STEIN, Cambridge, 2007, 587; E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 65.

¹⁰ L'espressione «*status*» si riferisce alla natura della *quaestio* che risulta dal confronto tra un'azione e una difesa. Sul punto v. T. LEESEN, *Gaius meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies*, Nijmegen, 2009, 35.

¹¹ Ciò ad esempio con riguardo ad Alfenus D. 9.2.52.1; sul punto v. anche E.G.D. VAN DONGEN, *Alfenus D. 9.2.52.1 geanalyseerd vanuit het perspectief van de retorica*, in *Histoire du droit et de la justice*, a cura di D. HEIRBAUT, X. ROUSSEAU, A. WIJFFELS, Louvain, 2010, 163-176. In senso critico rispetto all'analisi da noi suggerita del D. 9.2.52.1 (ed espressa in E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit.) si rimanda a R. KNÜTEL, *Neues zur 'contributory negligence'?*, in *Index*, IXIV, 2016, 351 ss.

¹² E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 50 ss.

¹³ R. KNÜTEL, *Neues zur 'contributory negligence'?*, cit., 352, il quale si riferisce a U. BABUSIAUX, *Papinians Quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen*, München, 2011, 265.

condannare il convenuto al pagamento di una *poena* solo qualora fosse convinto che le condizioni richieste dalla *formula* fossero state soddisfatte, in assenza delle quali lo avrebbe assolto. Dunque, l'ipotesi di ridurre la *poena* in presenza di colpa della parte offesa non era contemplata. A tale riguardo, è importante notare che nel diritto romano classico non era nemmeno prevista la possibilità di bilanciare i comportamenti colposi delle due parti. Veniva valutata solamente la condotta colposa dell'autore dell'illecito¹⁴.

Tale importante tratto, che possiamo definire come approccio 'tutto o niente', fu mantenuto anche nel diritto giustiniano (sesto secolo) e applicato fino a quando la *lex Aquilia* perse il suo connotato penale nel XVII secolo. Nel diritto giustiniano i frammenti riguardo alla *lex Aquilia* scritti dai diversi giuristi romani possono essere letti congiuntamente come promulgati dall'imperatore Giustiniano (482-565) e come facenti parte di un solo e unico titolo. Inoltre, essi possono essere letti in relazione ad altri testi della compilazione giustiniana, come il frammento contenuto nel D. 50.17.203 (*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*), la cui regola fu considerata principio generale di diritto da quel momento in poi. Essa divenne una regola generale nel momento in cui fu inserita nel titolo *De diversis regulis iuris antiqui*, anche se, a ben vedere, il contesto classico originale era totalmente differente, in quanto si trattava del diritto in materia di legati¹⁵. La lettura combinata di questo testo con altri testi assume un particolare significato se si prende in esame l'ultima frase del D. 9.2.11pr. e il frammento contenuto nel D. 9.2.9.4. Alla luce delle precedenti considerazioni

¹⁴ Si veda anche C. WOLLSCHLÄGER, *Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht*, in ZSS, XCIII, 1976, 135.

¹⁵ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, pal. nr. 6.260; in merito al contesto originale (classico) si veda E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 16-30.

è possibile desumere che l'affermazione secondo cui la parte offesa, per il diritto romano, non aveva diritto ad alcuna riparazione per i danni subiti qualora avesse contribuito, a titolo di colpa, a causare gli stessi è fondata solo se si considera il diritto romano come quello giustiniano. Dunque qualora la vittima avesse contribuito con la propria condotta colposa a causare i danni, era considerato irragionevole punire l'autore dell'illecito. Formalmente l'*actio* poteva essere negata solo qualora non fossero soddisfatte le condizioni richieste dalla *lex Aquilia*. Non vi era dunque un bilanciamento delle colpe – come avvenne successivamente durante il Medioevo¹⁶. Alcuni testi sparsi del Digesto, al di fuori del diritto in materia di delitti, parrebbe tuttalpiù indicare che la responsabilità dell'autore dell'illecito poteva essere limitata in alcuni casi. Si trattava però di danni consequenziali causati solamente dal comportamento illecito della parte offesa¹⁷. Tuttavia, queste eccezionali decisioni, fondate sulla base di una valutazione delle circostanze specifiche del caso concreto, ed implicanti una restrizione dell'ammontare della compensazione, non forniscono una prova sufficiente ad assurgere a regola generale – e sicuramente non nel periodo classico. Nondimeno, tali testi risultano comunque importanti, in quanto furono rimpiegati nel periodo successivo. I primi a considerare la co-causalità e il concorso di colpa nei casi di responsabilità aquiliana furono gli studiosi medievali.

¹⁶ V. *infra*.

¹⁷ V., ad esempio, Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.11.12 e Paul. 5 *quaest.* D. 19.1.45.1. Si vedano anche K. LUIG, *Überwiegendes Mitverschulden*, in *Ius Commune*, 1969, 193; D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln/Graz, 1962, 322 ss.; P. AUMANN, *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte*, Hamburg, 1964, 14 ss.

3. *Il diritto comune*

3.1 *La dottrina romanistica medievale*

Secondo i glossatori, la parte lesa (proprietaria dello schiavo o dell'oggetto danneggiato) potrebbe ricorrere all'*actio legis Aquiliae*, avendo subito dei danni ad opera altrui.

Per esperire con successo tale azione occorre che l'atto dannoso fosse illecito (*iniuria*) e che il danno arrecato fosse il risultato di una condotta colposa (*culpa*) dell'autore dell'illecito – vale a dire un'azione senza la dovuta cura¹⁸ e la presenza del nesso causale¹⁹.

La questione della qualificazione giuridica del comportamento della vittima fu affrontata esplicitamente solo in epoca medievale, quando per la prima volta si assiste ad una discussione sulle condotte di entrambe le parti interessate. Nella dottrina romanistica-medievale la colpa della parte offesa era oggetto di un giudizio sfavorevole di riprovevolezza, sanzionata con il diniego delle pretese risarcitorie²⁰. L'elemento della colpa

¹⁸ Il riferimento è alla cura prevedibile da una persona diligente (D. 9.2.31); più tardi Bartolo, nel suo commento al D. 16.3.32, ha sostenuto che la responsabilità è determinata da ogni condotta che si discosta dalla diligenza di una persona accurata. Si vedano anche J. HALLEBEEK, *Negligence in Medieval Roman Law*, in *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, a cura di E.J.H. Schrage, Berlin, 2001, spec. 76 ss.; O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code Civil de 1840*, préf. A. Lefebvre-Teillard, Paris, 2005, 76 ss.

¹⁹ Si veda anche O. DESCAMPS, *Les origines*, cit., 27.

²⁰ Anche i giuristi medievali concepivano l'obbligo di pagare una compensazione per i danni arrecati come una sanzione penale; si veda N. JANSEN, § 254, *Mitverantwortlichkeit des Geschädigten*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 2 Schuldrecht Allgemeiner Theil, 1. Teilband: vor §241–§304*, a cura di R. Zimmermann, Tübingen, 2007, 530 ss., 660.

della vittima ha quindi iniziato ad essere concepito come un possibile problema giuridico.

In relazione alla questione in esame è possibile individuare due concezioni nel periodo medievale. La prima di queste è costituita dalla dottrina della *culpae compensatio*, mentre la seconda è individuata nella norma stabilita nel frammento D. 50.17.203²¹.

Alla luce della dottrina della *culpae compensatio*, i glossatori prendevano in considerazione le rispettive negligenze dell'autore dell'illecito e della vittima ed applicavano tale dottrina a situazioni nelle quali entrambe le parti si comportavano con il medesimo genere o grado di colpa²². La Glossa non chiarisce in modo esplicito se i glossatori ritenevano che la *culpae compensatio* si applicasse solo al caso in cui entrambe le parti avevano agito con lo stesso grado di colpa, oppure anche ad ipotesi in cui la colpa era di grado diverso. Pertanto, tutti i tipi di colpa della parte offesa, nella misura in cui veniva qualificata come *culpa*, comportavano, come conseguenza giuridica, l'eliminazione totale della responsabilità dell'autore dell'illecito. L'analisi del grado della colpa e il ragionamento sottile secondo cui un esiguo grado di concorso di colpa non portava alla *compensatio*, e quindi alla privazione della possibilità di richiedere una riparazione dei danni al fine del pagamento della *poena*, furono probabilmente elaborati dai successori dei glossatori su impulso dei canonisti. Alcuni studiosi romanisti medievali, tra cui Paolo di Castro (ca. 1360/62-1441), utilizzarono la dottrina della *culpae compensatio* per risolvere le

²¹ In questo senso v. anche K. LUIG, *Überwiegendes Mitverschulden*, cit., 198.

²² Si veda, ad esempio, la glossa *quia non debuit* recante la sigla Io. al D. 9.2.9.4 in (inter alia) Ms. Paris BN, lat. 4459, fo. 90va., scritta da Johannes Bassianus, e successivamente sostituita da Accursio nella glossa *quia non debuit* al D. 9.2.9.4, e anche un'anonima glossa in Ms. Paris BN, lat. 4451, fo. 45a (glossa al D. 9.2.11pr.). Successivamente si veda, ad esempio, il commentatore Paulus de Castro, nell'opera *Auenionicae Praelectiones in Digestum Vetus*, I, Venezia, 1582, al D. 9.2.9.4 e, nello stesso lavoro, il commento al D. 9.2.11pr.

questioni inerenti alla colpa della vittima in casi di *damnum iniuria datum*.

Per quanto riguarda invece la seconda concezione, fu Accursio (ca. 1182-1263) a collegare il frammento D. 50.17.203 alle obbligazioni da delitto²³. Secondo Accursio l'elemento della colpa della parte offesa avrebbe impedito alla stessa di richiedere il risarcimento del danno. Il frammento D. 50.17.203 infatti può essere interpretato in riferimento esclusivo alla colpa della parte offesa. Tuttavia, il glossatore lo interpretava come riguardante anche i casi in cui la colpa dell'autore dell'illecito era presa in considerazione. È alquanto singolare però che tutti gli esempi di questa massima menzionati successivamente dai commentatori riguardino casi in cui era presente solo la colpa della parte offesa, e non il concorso di colpa, nonostante Accursio abbia aperto la strada a questo approccio²⁴.

3.2 *Diritto medievale canonico*

Nel diritto medievale canonico, così come nel diritto medievale romano, chi commetteva un illecito era responsabile se colpevole (*culpa*)²⁵. La nozione di *culpa* nel diritto canonico si differenziava leggermente da quella nel diritto medievale romano. L'elemento della *culpa* poteva sussistere in capo al soggetto sia quando agiva in violazione di disposizioni legali, sia quando compiva atti di per sé leciti ma senza utilizzare la diligenza

²³ V. la glossa di Accursio *Quod quis* al D. 50.17.203.

²⁴ Sul fondamento giuridico, in base alle interpretazioni medievali del diritto romano, del diniego della domanda di riparazione dei danni in caso di colpa della vittima si rimanda al secondo capitolo della tesi di dottorato (v. E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit.).

²⁵ X 5.36.9.

richiesta²⁶. Nonostante i canonisti valutassero la responsabilità sulla base di due elementi – il danno (*damnum*) e la colpa (*culpa*) – senza menzionare il requisito separato del nesso causale tra il danno e l'azione dannosa, questa linea di ragionamento li portava indirettamente a prendere in considerazione il problema della causazione²⁷.

Secondo il diritto canonico, la colpa della vittima poteva essere interpretata come contributo alla causazione (co-causazione) e pertanto in questi casi occorreva stabilire se l'autore dell'illecito o la parte lesa avesse determinato la causa prossima (*causa proxima*)²⁸. Pare che i contributi causali di entrambe le parti venissero confrontati, sebbene la causazione e la colpa non fossero elementi separati in questo periodo.

Anche i canonisti accolsero la teoria della *culpa compensatio* in diversi ambiti, solitamente in quelli che non riguardavano i delitti, a meno che entrambe le parti fossero laici. Tuttavia, ciò non valeva con riguardo alla questione se ad un chierico potesse essere concessa un'ordinazione superiore, perché in tal caso, secondo il commento della *Summa "Animal est substantia"* al frammento D.50 C.50, la *culpa* dell'uno non poteva mai essere compensata dalla *culpa* dell'altro. L'autore della *Summa Animal* affermò inoltre che qualora sia l'autore dell'illecito sia la vittima avessero agito entrambi con colpa, anche se la colpa del primo fosse stata meno grave, il

²⁶ S. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX: systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Città del Vaticano, 1935, 201, 225 ss.; J. GORDLEY, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, 2006, 190 ss., 196.

²⁷ A.T. VON MEHREN & J. GORDLEY, *The Civil Law System*, Boston/Toronto, 1977; F. PARISI, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, con prefazione di P. STEIN, Berkeley, 1992, 106 s.; E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 150.

²⁸ K. LUIG, *Überwiegendes Mitverschulden*, cit., 201; E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 152.

chierico non avrebbe mai potuto essere promosso ad un rango più elevato²⁹.

Sulla base di alcuni casi di diritto canonico successivamente presentati davanti al Papa, non riguardanti reclami basati su danni da illecito, si potrebbe sostenere – come alcuni studiosi moderni fanno – che la responsabilità del danneggiante veniva annullata in quanto la colpa della parte offesa era preponderante. Tuttavia, osservando la questione da una prospettiva contemporanea, il problema della responsabilità non pare essere preso in considerazione nel caso portato dinanzi al Papa. Pertanto va considerata con particolare cautela la conclusione secondo cui, a causa della mancanza di una possibilità di ripartire i danni su entrambe le parti in caso fosse presente la colpa della vittima³⁰, i giuristi tendevano ad attribuire la colpa unicamente alla parte che aveva agito con il massimo grado di negligenza³¹. Solo quando la negligenza del danneggiato fosse stata più grave di quella dell'autore dell'illecito, la responsabilità di quest'ultimo sarebbe venuta meno.

Negli sviluppi successivi, le questioni legate alla colpa della vittima erano solitamente risolte dai canonisti con il ricorso alla norma contenuta nel D. 50.17.203, la cui regola è stata in qualche modo modificata da quanto stabilito nella compilazione di Bonifacio VIII (r. 1294-1304), vale a dire il *Liber Sextus* (1298)³². Si

²⁹ V. *Animal est substantia* al D.50 c.50 (E.C. COPPENS, consultabile alla pagina web www.medcanonlaw.nl/Animal_est_substantia).

³⁰ Si noti che la colpa della vittima non era affatto in gioco nel caso poc'anzi menzionato.

³¹ Solo due commenti degli influenti Bernardus Parmensis (†1266) e Hostiensis (Henricus de Segusio, ca. 1200-1271) possono essere indicativi del fatto che questa teoria fosse applicata. Al riguardo si rimanda al par. 3.3 della tesi di dottorato (E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit.).

³² Si veda anche H. LANGE, *Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie* (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, Band 2), Monaco

tratta della norma secondo cui vanno imputati a se stessi, e non ad altri, i danni che la parte subisce a causa della propria negligenza.

Inoltre, verso la fine del periodo medievale, il termine *culpa admixta* («colpa mista» letteralmente) è stato utilizzato, soprattutto nei *consilia*, per qualificare il comportamento della parte offesa che comportava l'esclusione della responsabilità dell'autore dell'illecito. In questo modo, al concorso di colpa conseguiva il diniego della pretesa avanzata, senza discussione sul grado di negligenza di ciascuna parte. L'uso del termine *culpa admixta* (o *culpa communis*) mostra che il danno verificatosi veniva considerato come comune responsabilità di entrambe le parti³³.

Un approccio simile, che ha fatto seguito all'approccio 'tutto-o-niente' – nel caso in cui era presente l'elemento della colpa della vittima – è rinvenibile già in alcune altre fonti medievali al di fuori della tradizione romana-canonica (*iura propria* - leggi indigene)³⁴.

Alla luce di quanto detto fino ad ora, si può concludere che né nel diritto romanico, né nel diritto comune medievale, vi era una ripartizione dei danni arrecati. Essa è invece rintracciabile in altre antiche tradizioni (ad esempio nel diritto irlandese medievale). La colpa della vittima poteva portare ad una parziale compensazione, il cosiddetto *judicium rusticorum*, oppure ad una riduzione dei danni di un terzo. Il *judicium rusticorum* è particolarmente interessante in quanto riappare in periodi successivi della storia del diritto, come nel diritto romano-olandese.

di Vestfalia/Colonia, 1955, 72 ss.; K. LUIG, *Überwiegendes Mitverschulden*, cit., 203.

³³ V. ad esempio A. CRAVETTA, *Consilia sive responsa*, cons. 119, nr. 11, Francoforte sul Meno, 1611, 215.

³⁴ La colpa della vittima poteva in quei casi comportare una parziale compensazione. Vedi, ad esempio, la legge irlandese medievale contenuta nel *Bretha Étgid* par. 30; a tale proposito si rimanda a N. MCLEOD, *Bloodshed and Compensation in Ancient Ireland*, (disponibile alla seguente pagina web: <http://researchrepository.murdoch.edu.au/14097/>).

4. *Il contributo della scuola degli Umanisti, la recezione, il diritto romano-olandese, l' 'usus modernus' e la scuola di diritto naturale dei Paesi dell'Europa del Nord*

Spesso si sostiene che i concetti aquiliani hanno costituito la cornice giuridica entro cui è stata iscritta la responsabilità extracontrattuale dalla recezione del diritto romano³⁵. Tuttavia, il nodo problematico da sciogliere è che cosa esattamente è stato recepito dalla *lex Aquilia*. Verso la fine del XVII secolo, era divenuto evidente che il diritto moderno nei fatti non rifletteva *actio legis Aquiliae* del *Corpus iuris civilis*³⁶. Così fu stabilita un'azione generale per i danni arrecati illecitamente – un'azione che era romana solo nel suo nome.

Intorno al 1700, l'azione generale di risarcimento dei danni perse il suo carattere penale in tutta Europa³⁷. Per il resto la *lex Aquilia* era ancora considerata la base giuridica per la responsabilità da delitto. Il concetto di *culpa* è rimasto essenzialmente lo stesso e l'illiceità è rimasta un prerequisito essenziale per la responsabilità aquiliana. Una teoria generale di causalità non è mai stata elaborata o applicata³⁸. L'*adagium* 'Nam qui occasionem damni praestat, damnum fecisse videtur' (ricavabile dal D. 9.2.30.3) è stato mantenuto come

³⁵ Si veda ad esempio N. JANSEN, *Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, I, 2004, 450.

³⁶ V. H. COING, *Europäische Privatrecht, I. Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985, 509 ss.; R. ZIMMERMANN, *Usus modernus legis Aquiliae and Delictual Liability Today*, in *Stellenbosch Law Review*, I, 1990, 68; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 1018.

³⁷ V. J. H. DONDORP, *Schuld en boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Amsterdam, 1998, 64 ss., 70.

³⁸ E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 225.

criterio di causalità nella dottrina giuridica e la questione se il trasgressore avesse dato occasione per la commissione del danno è stata spesso collegata con il più ampio problema della colpa³⁹.

In età moderna fu stabilita un'azione generale per i danni causati da illecito - un'azione che, come si è detto poc'anzi, è solo nominalmente romana. La parte lesa non aveva ancora alcun diritto di richiedere i danni se con la sua negligenza aveva contribuito al verificarsi del danno. Dunque, ancora una volta, veniva adottato un approccio 'tutto-o-niente'. Gli umanisti continuavano ad applicare la dottrina della *compensatio culpa* e la teoria della *gravior culpa* (A. Faber) o *maior culpa* (M. Freher e G. Noodt) nelle sue prime elaborazioni⁴⁰. L'ultima novità di grande rilievo è che probabilmente l'Homo Donellus, sicuramente P. Faber e J. de Sande⁴¹, hanno previsto la possibilità di una parziale compensazione per la prima volta nella tradizione continentale del diritto romano.

Proprio nell'età moderna, l'idea che un grado di colpa uguale o preponderante (*maior culpa*) della parte offesa escludesse il diritto al risarcimento ha cominciato a farsi strada. Tuttavia, non tutti i giuristi hanno seguito questa teoria ed infatti, per risolvere il problema della colpa della parte offesa, sono state elaborate anche altre teorie e tecniche.

³⁹ Si veda H. KAUFMANN, *Rezeption und Usus Modernus der actio legis Aquiliae*, Köln/Graz, 1958, 65; R. ZIMMERMANN, *Usus modernus*, cit., 78.

⁴⁰ A. FABER, *Rationalia in Pandectas*, (b) *Qui tamen data opera*, al D. 9.2.9.4., Lyon 1659, 282); si veda anche K. LUIG, *Überwiegendes Mitverschulden*, cit., 207- 208; M. FREHER, *Verisimilium libri duo*, Nürnberg, 1628, al D. 9.2.11pr.; G. NOODT, *Ad legem Aquiliam liber singularis*, c. VII (in *Opera Omnia*, Leiden, 1767); K. LUIG, *Juristische Methode zwischen Humanismus, Usus modernus und Naturrecht – Gerard Noodt (1647-1725) und die Lehre vom Mitverschulden*, in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, XXI, 1999, 111.

⁴¹ P. FABER, *Commentarius* al D. 50.17.203, Geneva, 1618; J. DE SANDE, *Commentarius*, al D. 50.17.203, Groningen, 1681.

A tale proposito, diverse concezioni in dottrina sono presenti nel *usus modernus Pandectarum*. Il ruolo della parte lesa è stato considerato, in primo luogo, in relazione alla causalità ed, in secondo luogo, in relazione alla negligenza – e in questo senso era considerato come una questione di concorso di colpe. Nell'applicazione della dottrina *culpa compensatio* sono state adottate diverse varianti, tra cui quella in base alla quale la mera presenza della colpa della parte offesa – anche un esiguo grado di essa – portava alla privazione della possibilità di ottenere una compensazione, e la situazione opposta, vale a dire che solo la (pari o) preponderante colpa della parte offesa avrebbe dovuto escludere la responsabilità (teoria *maior culpa*). Un'altra soluzione era quella di risolvere il problema della colpa della parte offesa senza alcun riferimento a quest'ultima. In questa variante, la negligenza dell'autore dell'illecito era l'unico fattore rilevante, e la colpa della vittima non era considerata come una questione giuridica separata. Un'ultima soluzione si richiamava all'uso del criterio della *auctor rixae* come modo alternativo per risolvere il problema del concorso di colpa. Colui che iniziava una lotta non poteva chiedere i danni per le lesioni subite durante il combattimento, a meno che l'altra parte avesse agito oltre i limiti della legittima difesa. L'ultima soluzione è stata adottata anche in Italia, dove il comportamento negligente del *auctor rixae* era qualificato come *culpa admixta*, con conseguente rigetto totale della sue pretese. La Rota Romana ha talvolta sostenuto che la presenza della colpa della parte offesa, per quanto in esigua misura, portasse al rigetto della domanda, mentre in altri casi sembra aver richiesto la *culpa maior* della vittima⁴²; una siffatta interpretazione è stata anche condivisa da De Luca⁴³.

⁴² Si rimanda al quarto capitolo del lavoro di E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 281 ss.

⁴³ G. B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae*, lib. VIII, disc. 58, n. 22.

Nel diritto romano-olandese sono particolarmente interessanti i casi di collisione tra navi. In relazione a questa fattispecie è stato adottato un diverso punto di partenza rispetto al diritto romano. Se la nave A, senza aver posto in essere un comportamento negligente, entrava in collisione con la nave B, la nave A doveva pagare una somma pari al cinquanta per cento dei danni. Tuttavia, quando due navi si scontravano ed entrambe avevano agito con negligenza, vi erano due principali punti di vista su ciò che la legge dettava per regolare il caso di specie. Secondo una prima tesi, se la colpa di entrambe le parti fosse stata uguale, il danno doveva essere considerato come comune ed entrambe le parti avrebbero dovuto accollarsi la riparazione in proporzioni uguali⁴⁴; secondo un'altra tesi, invece, ciascuna parte doveva accollarsi la propria perdita, in quanto chi si fosse comportato con negligenza non poteva proporre ricorso e i danni che si fossero verificati non venivano considerati come tali⁴⁵. Un altro problema è stato quello di determinare ciò che la legge stabiliva nel caso in cui una nave stazionaria veniva colpita da una nave in movimento. D.G. van der Keessel, professore di diritto romano presso l'Università di Groningen e Leida (1738-1816), considerava la negligenza di quest'ultima come più grave, e quindi – a suo avviso – non poteva avere luogo la *culpa compensatio*⁴⁶. Così una nave doveva sopportare una somma pari al cinquanta per cento del

⁴⁴ Ciò rispecchia il punto di vista condiviso dalla *Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland*; si veda NEOSTADIUS, *Utriusque Hollandiae Zelandiae Frisiaeque curiae decisiones*, 's-Gravenhage, 1667, *decisio* nr. 49.

⁴⁵ Cfr. D. 50.17.203; a tale proposito si veda C. VAN BIJNKERSHOEK, *Quaestiones juris privati*, IV.22, Leiden, 1744, e D.G. VAN DER KEESSEL, *Theses selectae juris Hollandici et Zelandici*, Amsterdam, 1860, *thesis* 816.

⁴⁶ Si noti a tale proposito l'applicazione della teoria dello *ius commune*.

danno dell'altra nave e dunque si verificava qualcosa di simile al concetto di ripartizione dei danni⁴⁷.

Sembrerebbe dunque, che nell'età moderna la discussione ha riguardato la questione di quale categoria di danni doveva essere compensata, ed in particolare se dovevano essere risarciti o meno i danni immateriali. In caso di litigi, qualora la reazione dalla parte provocata fosse stata eccessiva, colui che aveva provocato poteva richiedere solo il risarcimento per le spese mediche, ma i danni immateriali non venivano concessi. In due casi un esiguo grado di negligenza della parte lesa non ha escluso la richiesta di risarcimento della vittima, ma esso è stato preso in considerazione per determinare l'importo del risarcimento da pagare⁴⁸. Tuttavia, questi esempi riguardano la mancata compensazione di determinati tipi di danno. Non si è verificata alcuna riduzione del danno totale e l'approccio 'tutto-o-niente' è da considerarsi come ancora intatto nell'età moderna.

Infine, va considerata la scuola di diritto naturale dei Paesi dell'Europa del Nord. Alcuni studiosi del diritto naturale hanno seguito l'approccio tradizionale dello *ius commune*, secondo il quale nell'ipotesi in cui fosse presente la colpa della vittima, veniva semplicemente applicato il contenuto del frammento D. 50.17.203. Ciò, in questi casi, portava ad un totale rigetto della richiesta di riparazione dei danni. Altri studiosi invece, applicavano la dottrina della *culpa maior*. In entrambi gli approcci la conseguenza giuridica era la stessa: se la parte lesa avesse agito con colpa, e qualora la sua negligenza fosse stata più grave di quella dell'autore dell'illecito, la

⁴⁷ Per quanto riguarda la colpa della vittima in casi di collisione di navi nel diritto romano-olandese si rimanda anche a E. VAN DONGEN, *Gesetzgebung, verfahrensrechtliche Realität und Rechtslehre im römisch-holländischen Recht des 16. bis 18. Jahrhunderts: das Problem des Mitverschuldens bei Schiffskollisionen*, in *BRGÖ*, 2013/2, 601-610.

⁴⁸ V. E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 278 ss.

richiesta di risarcimento danni le veniva negata. In questo senso si può dire che l'approccio 'tutto-o-niente' veniva ancora seguito⁴⁹. L'origine dell'eventuale ripartizione dei danni in capo sia all'autore dell'illecito sia alla parte lesa (in base rispettivamente o alle colpe o ai contributi causali) è da collegare alla *Aufklärungstheorie* di Christian Wolff (1679-1754)⁵⁰; si tratta, quindi, di un fenomeno relativamente recente. Tuttavia, la valutazione e il bilanciamento delle rispettive gradazioni di colpa di entrambe le parti può considerarsi già un primo passo in quella direzione. Pertanto, anche se Christian Wolff fu il primo studioso giuridico che si allontanò dall'approccio 'tutto o niente', la sua teoria può anche essere considerata come una continuazione dello sviluppo precedente. Si noti come Wolff non trattò la questione della colpa della parte lesa in modo astratto, ma solo in riferimento a casi concreti. Più in particolare, non si riscontrano osservazioni in merito alla relazione con l'obbligo da delitto di risarcire i danni⁵¹.

⁴⁹ V. E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 285 ss.

⁵⁰ Secondo tale autore qualora sia l'autore dell'illecito sia la vittima fossero responsabili del verificarsi dei danni, questi ultimi dovevano essere compensati da entrambi le parti in proporzione al rispettivo grado di colpa. Si veda, *inter alios*, C. WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, Saale, 1750 (ristampato Hildesheim, 1969), par. 283. Sul nuovo approccio di Wolff si rimanda a E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 295 ss.

⁵¹ In questo contesto il caso menzionato precedentemente (e più risalente nel tempo) nel *Selectae decisiones* di Schoepff, fornisce un esempio più chiaro di una parziale ridistribuzione dei danni nell'ipotesi di responsabilità per danni da fatti illeciti, nel senso che certe categorie di danno (ossia le spese di sostentamento) non erano risarcibili in presenza di colpa della parte offesa. Si veda W.A. SCHOEPFF, *Selectae decisiones et resolutiones Tubingenses*, Tübingen, 1726, I, dec. 192, nr. 5.

5. L'elemento della colpa della vittima nel XIX secolo⁵²

La dottrina di Wolff pare essere stata codificata per la prima volta nell'articolo 1304 del codice austriaco *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* del 1811⁵³, che prevede anche la discrezionalità giudiziaria come conseguenza della presenza della colpa della vittima.

Il codice civile francese del 1804 non conteneva invece una norma generale sulla colpa della vittima. L'argomento è stato affrontato in giurisprudenza e in particolare dalla *Cour de Cassation*. Alla fine del XIX secolo, l'ipotesi in cui la parte lesa e l'autore dell'illecito avevano agito con colpa (caratterizzata come *faute commune*) comportava una ripartizione dei danni, in maniera proporzionale alla gravità delle colpe di ciascuna parte. Tale ripartizione, effettuata sulla base della gravità delle colpe, è stata accettata dalla maggioranza degli studiosi e dei giudici; questi ultimi inizialmente applicavano il principio contenuto nel D. 50.17.203 (anche se esso non costituiva più una fonte formale del diritto), con conseguente rigetto delle pretese risarcitorie.

I giuristi della scuola storica nel XIX secolo in Germania hanno difeso l'idea che non dovesse accordarsi alcun risarcimento qualora la parte lesa avesse agito con (qualsiasi) colpa. La dottrina orientata più sulla pratica applicava invece la dottrina della *culpa*

⁵² Sulla situazione nel XIX secolo si veda E.G.D. VAN DONGEN, *Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré. Enige rechtsvergelijkende en rechtshistorische beschouwingen over de gevolgen van eigen schuld van de gelaedeerde voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen*, in *Pro Memorie*, 2014/1, 76-101; E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., *passim*

⁵³ L'influenza di Wolff sul *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* risente degli strumenti di Karl A.F. von Martini (1726-1800) e di Franz von Zeiller (1751-1828). V. K. LUIG, *Überwiegendes Mitverschulden*, cit., p. 232; N. JANSEN, *Mitverantwortlichkeit*, cit., 676, nota 134.

maior. Inoltre, si sosteneva che le eventuali perdite conseguenti ad un illecito per il quale la parte lesa era stata responsabile non potevano essere accollate in capo all'autore dello stesso. Nella prassi, già un esiguo grado di colpa comportava una negazione della pretesa. Tuttavia, per evitare soluzioni inique, questo approccio è stato sempre di più ostacolato nella giurisprudenza. Una riduzione della quantità di danni, in caso di colpa della vittima, è stata accettata per la prima volta dal *Reichsgericht*, la Corte Suprema dell'impero germanico, nel 1883⁵⁴.

In Svizzera, qualche tempo prima, la soluzione proposta dal diritto naturale (in particolare nell'articolo 51 II del codice *Schweizerische Obligationenrecht* del 1881) era stata codificata sotto l'influenza del codice austriaco *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*, così come della dottrina francese. Infine, il codice svizzero, per quanto riguarda il problema della colpa della vittima, è stato preso come esempio dagli estensori del codice tedesco *Bürgerliche Gesetzbuch* nel 1900 e, a causa anche dell'influenza della giurisprudenza, la regolamentazione svizzera è stata sostituita nella sua interezza.

Per quanto riguarda i Paesi Bassi, il codice *Burgerlijk Wetboek* del 1838 non conteneva alcuna norma esplicita sulla colpa della vittima. Nella giurisprudenza fino all'inizio del XX secolo, in caso di un esiguo grado di colpa della parte lesa, veniva effettuata una valutazione della colpa delle parti coinvolte, nel senso che la 'colpa principale' risultava decisiva. Solo quando la colpa della vittima fosse stata inferiore a quella dell'autore dell'illecito, la parte lesa aveva il diritto di chiedere la totale riparazione dei danni. Era dunque ancora presente, spesso, un approccio 'tutto-o-niente', basato sulla dottrina della *maior culpa*, variante della *culpa compensatio*. L'approccio 'tutto-o-niente' si è superato con la

⁵⁴ RG 15 ottobre 1883, in *RGZ* 10, 74, 80-81; P. AUMANN, *Das mitwirkende Verschulden*, cit., 172.

sentenza della Corte Suprema olandese (*Hoge Raad*) nel 1916, in cui è stato stabilito che l'obbligo di compensare doveva essere commisurato al grado di colpa di entrambe le parti che hanno contribuito al verificarsi del danno⁵⁵.

6. *Il concetto della colpa della vittima nel diritto moderno*

In Francia, la ripartizione dei danni viene effettuata in base alla gravità delle colpe delle parti⁵⁶. Accanto a questa considerazione, anche altre circostanze sono state prese in considerazione nell'operazione di bilanciamento, quali, ad esempio, l'impatto causale dei contributi delle parti. Per quanto riguarda gli incidenti stradali, la *Loi Badinter* francese del 1985 ha statuito, in caso di lesioni personali, la regola generale della piena e totale responsabilità (in linea di principio) del proprietario o del custode di veicoli a motore (o dell'assicurazione di responsabilità civile). Le norme in materia di colpa della parte lesa si possono trovare agli articoli 3 e 4 della *Loi Badinter* e sono molto diverse dalle normali regole in tema di colpa della vittima presenti nel diritto francese dei delitti⁵⁷.

⁵⁵ HR 4 febbraio 1916, in *NJ* 1916, 450. Su tale decisione si veda più estensivamente E.G.D. VAN DONGEN, *Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré*, cit., 76-101.

⁵⁶ La richiesta di compensazione viene negata solo se la *faute de la victime* è considerabile come causa esterna dell'offesa, imprevedibile e inevitabile, nonché l'unica causa del danno. Inoltre, se la *faute* della vittima è molto più grave di quella dell'autore dell'illecito, cioè in caso di condotta intenzionale, o in caso di provocazione o con il consenso della vittima nel causare il fatto dannoso, non viene pagato alcun risarcimento.

⁵⁷ Per un'analisi accurata si veda E.G.D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 353 ss.

In Germania, invece, il concetto di *Mitverschulden* fu codificato all'articolo 254 del *Bürgerliche Gesetzbuch* (1900). L'applicazione del concetto di *Mitverschulden* – la cui base giuridica dottrinale è alquanto dibattuta – porta ad una ripartizione sulla base delle circostanze del caso concreto e pone un accento particolare sulla causazione preponderante. Anche se lo standard primario è la causazione, lo standard secondario consiste nella revisione delle altre circostanze (tra cui la colpa). Con la codificazione all'articolo 254 del *Bürgerliche Gesetzbuch*, la dottrina della *culpa compensatio* è stata respinta. Poco prima, nel 1891, il *Reichsgericht* applicava ancora questa dottrina, contemplando solo un'eccezione nel caso in cui la colpa della vittima fosse stata marginale. Sebbene l'articolo 254 prenda in considerazione la causazione predominante (*vorwiegende Verursachung*), il *Reichsgericht* ha continuato ad applicare la dottrina della colpa principale; ciò significa che la causalità predominante sembra essere stata interpretata già dall'inizio del XX secolo come *überwiegende Verschulden*. In Germania, il principio di ripartizione contenuto nell'articolo 254 del *Bürgerliche Gesetzbuch* è anche incorporato nell'articolo 9 del *Straßenverkehrsgesetz*, in base al quale infatti se la parte lesa (che non risulta titolare o conducente di un veicolo a motore) ha contribuito con colpa al verificarsi del danno, deve applicarsi la disposizione di cui all'articolo 254 del *Bürgerliche Gesetzbuch*.

Per quanto riguarda i Paesi Bassi, l'articolo 6:101 del *Burgerlijke Wetboek* del 1992 prevede, in caso di colpa della vittima, una riduzione dell'importo del danno, in base alle circostanze che hanno contribuito al verificarsi di esso e che possono essere attribuite alle parti. Sono stabiliti due standard: uno consiste nel nesso causale di probabilità, l'altro in una correzione basata su criteri di equità, considerando, tra le altre cose, le colpe delle parti. Quando un autoveicolo colpisce in un incidente stradale un pedone o un ciclista, viene applicata l'originaria disposizione

dell'articolo 31 *Wegenverkeerswet* del 1935 (ora articolo 185 del *Wegenverkeerswet* del 1994) e la giurisprudenza per quella particolare situazione. Ciò significa che il secondo standard dell'articolo 6:101 del *Burgerlijk Wetboek* è stato interpretato dalle regole sviluppate nella giurisprudenza olandese nel seguente modo: se la vittima non motorizzata è di età inferiore ai quattordici anni, viene compensato l'ammontare totale dei danni⁵⁸; diversamente, ad un'età pari o maggiore di quattordici, almeno il 50% dei danni è in principio potenzialmente risarcibile, a meno che la vittima abbia agito intenzionalmente o con imprudenza confinante con l'intenzione⁵⁹. A tal riguardo si può sostenere che un approccio 'tutto-o-niente' è stato reintrodotta – almeno per la regola del cento per cento – e l'autore dell'illecito può ora essere sollevato da responsabilità solo nel caso in cui la parte lesa abbia agito intenzionalmente o in maniera incauta al confine con l'intenzione, nel qual caso non è previsto alcun compenso.

7. Conclusioni

È opportuno formulare alcune brevi considerazioni conclusive storiche e di carattere comparativo sulle soluzioni al problema della colpa della parte lesa. Per quanto riguarda la situazione in cui la vittima ha contribuito al verificarsi del danno, nella quale quindi è presente anche l'autore dell'illecito, due soluzioni principali emergono dall'analisi della storia del diritto: l'approccio 'tutto-o-niente' oppure la ripartizione dei danni. L'approccio 'tutto-o-niente' si è sviluppato con diverse varianti. La richiesta della parte lesa veniva negata quando essa agiva con colpa

⁵⁸ Vedi HR 1 giugno 1990, in *NJ* 1991/720; HR 31 maggio 1991, in *NJ* 1991/721.

⁵⁹ Vedi HR 28 febbraio 1992, in *NJ* 1993/566; HR 24 dicembre 1993, in *NJ* 1995/236.

(anche già in presenza di un esiguo grado di negligenza), e questa era pari o superiore a quella dell'autore dell'illecito, oppure solo quando era grave o intenzionale. Nel corso della storia del diritto, il diniego della richiesta della parte lesa è stato dogmaticamente giustificato in diversi modi; a volte ciò dipendeva dalla procedura legale e/o dal carattere penale della responsabilità civile, altre volte dalla rigorosa applicazione delle regole del diritto romano, basate o collegate alle teorie della causalità (interruzione del nesso causale), o basate sulla teoria della *culpa compensatio*, e in altri casi ancora era dovuto a ragioni socio-politiche (ad esempio un rischio operativo, il cosiddetto *Betriebsgefahr*). Un'altra possibilità era quella di confrontare i contributi causali, negando una richiesta se l'azione della parte lesa fosse stata la *causa proxima* del danno.

La ripartizione dei danni, invece, ha seguito principalmente due approcci: una distribuzione di una certa categoria di danno tra le parti in questione, oppure una divisione dell'ammontare totale dei danni. La distribuzione poteva avvenire sulla base di diversi criteri, tra i quali il grado di colpa di entrambe le parti, il loro contributo causale al verificarsi dei danni e alcune considerazioni di carattere equitativo. La prevalenza data ad uno o all'altro criterio è stata accordata in modo differente nei diversi tempi e luoghi; a volte alcuni di questi criteri venivano considerati alla stessa stregua e talvolta un criterio veniva impiegato in funzione correttiva.

Nonostante oggi nell'Europa occidentale venga comunemente applicata una ripartizione dei danni in caso di colpa della parte offesa, dal presente contributo emerge che tale ripartizione ha avuto una storia relativamente recente. Questo concetto – inizialmente proposto da Wolff – non è stato accolto di buon grado in tutta l'Europa, ma si è consolidato e imposto a fatica e solo dopo una strenua resistenza. La soluzione nel diritto romano 'tutto-o-niente', comune a vari paesi dell'Europa occidentale, è infatti una solida base comune e non è stato facile abbandonare

questa concezione, che sopravvisse per molti secoli. Anche se la ripartizione dei danni tra le parti sembra essere in conformità con il principio di equità, non è affatto chiaro quali siano i criteri, e quandanche essi siano stabiliti in modo chiaro, quale sia l'esatta distribuzione dei danni.

Pertanto, lo studio della questione della colpa della vittima rimane meritevole di particolare interesse. Ancora più interessante è lo sviluppo storico dell'elemento giuridico della colpa della vittima, dal momento che, recentemente, l'approccio 'tutto-o-niente' sembra nuovamente riemergere nei Paesi Bassi (ad esempio nel caso di incidenti stradali)⁶⁰.

ABSTRACT

Gli eventi dannosi si verificano spesso come conseguenza del comportamento colposo, non solo dell'autore dell'illecito, ma anche della parte che ne risulta offesa. Il comportamento contributivo della parte lesa e le sue conseguenze per la responsabilità extracontrattuale da fatto illecito sono stati questioni centrali nello studio del diritto privato per secoli. Questo contributo intende offrire alcune osservazioni storiche e comparative sull'evoluzione storica dell'elemento del contributo della vittima nella responsabilità extracontrattuale da fatto illecito

⁶⁰ Come era già stabilito nell'art. 1638x paragrafo 2 (precedente versione) *Burgerlijk Wetboek* 1838, in base all'art. 7: 658 paragrafo 2 (nuova versione) *Burgerlijk Wetboek*, l'approccio 'tutto-o-niente' si applica ancora anche in caso di colpa della vittima negli incidenti sui luoghi di lavoro; in tale contesto la difesa fondata sul concorso di colpa ha successo solo se si tratta di un'imprudenza intenzionale o deliberata del dipendente che ha contribuito sostanzialmente al suo infortunio.

nel diritto romano fino ai nostri giorni e come esso si è evoluto nel concetto moderno di colpa della vittima. Per quanto riguarda gli sviluppi attuali relativi al concetto di colpa della vittima, il contributo si concentra principalmente sulle soluzioni elaborate in Francia, Germania e Paesi Bassi. La colpa della vittima e la sua rilevanza nei casi di delitto, è, del resto, un aspetto da sempre problematico nella tradizione civile, che rimane meritevole di particolare interesse.

Accidents often occur not only through the fault of the wrongdoer but also partly through the conduct of the injured party. This contributory conduct of the injured party and its consequences for the delictual liability of the wrongdoer have been central issues in the study of private law for centuries. This contribution presents some historical and comparative remarks, in the Italian language, on how from Antiquity to today the negligent behaviour of the injured party has influenced claims for damages based on delictual liability and how it evolved into the modern concept of contributory negligence. For current developments concerning the concept of contributory negligence, the contribution will focus on France, Germany and the Netherlands. Contributory negligence is one of those perennial problems of the civilian tradition, namely the

E.G.D. VAN DONGEN

Ricercatore presso il Molengraaff Institute for Private Law

Università di Utrecht, Paesi Bassi

Assegnista di ricerca presso l'Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) e Montaigne Centre for Judicial Administration and Conflict Resolution

email: E.G.D.vanDongen@uu.nl

