



Trento Law and Technology Research Group Research Paper n. 37

Camilla Serraiotto | January 2019

LA SOLIDARIETÀ NELLA RESPONSABILITÀ CIVILE TRA TENDENZE ESPANSIVE E NUOVI IMPIEGHI LIMITATIVI

Camilla Serraiotto | Gennaio 2019

ISBN: 978-88-8443-833-1
Copyright © 2019 Camilla Serraiotto

This paper can be downloaded without charge at:

The Trento Law and Technology Research Group Research Papers Series Index
<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

IRIS:
<http://hdl.handle.net/11572/223278>

This paper © Copyright 2019 by Camilla Serraiotto is published under
Creative Commons - Attribution 4.0 International license.

Further information on this licence at:
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

ABSTRACT

This paper aims at investigating the evolution and the impact and the solidarity clause set forth by art. 2 of the Constitution on the Italian civil liability system. In particular, how it shapes the efficiency of the remedy of compensatory damages enforceable by the injured party.

The first part of the analysis is dedicated to historically retracing the origin and the *ratio* of the solidarity clause and the concept of “unjust damage” in the Italian system, while taking into consideration the structure of the tort system and its original function, also from a historical viewpoint. I also analyze the solidarity clause in the European dimension, in order to verify how the European landscape influences the Italian meaning of “solidarity”.

Furthermore, it is analyzed the new “reverse trend” of the solidarity principle. First this principle led to a broadened vision of the damages, introduced by the “San Martino” decisions regarding the non-monetary compensation for tort and contract liability. This remedy was allowed for every kind of violation of constitutional rights, even for those not provided *ad hoc* but included in the open listing of art. 2 of the Constitution, despite the explicit wording of art. 2059 of the civil code. In spite of that, it should be asked if, according to the latest case law development, a reverse trend could be detected. In other words, if the idea that considers the injured party compelled to bear part of the suffered damage, thanks to the solidarity clause, is progressively gaining ground. Therefore, we will analyze all the examples of this phenomenon.

In that scenario, we investigate the function of the solidarity clause provided by art. 2 of the Constitution as an inner limit to the exercise of rights and, therefore, to the entirely licit activity that derives; mostly because a non-limited exercise of a right does not exist in the judicial system. The intrinsic limit is the exercise of the right in a jointly liable way, which imposes to the right holder the principle of good faith and the ban of abusing the right. These concepts are founded in the solidarity principle itself and impose to the creditor a “duty to mitigate” within the limits of a restrained sacrifice. It would be therefore a solidarity duty to sustain part of the damage (intended not only as a decrease, but also as a lack of economical increase, that should be due to the creditor on the basis of the counterpart’s performance, in order to keep the contractual bond and not terminate it). In this scenario, we will analyze the function of article 1227 of the civil code.

I additionally explore the role of art. 2 of the Constitution, as a “principle of self-liability” in the field of administrative law as well. I analyze, among others, the case that arises when the injured party is compelled to partially pay for the damage deriving from an unlawful decision adopted by the Public Administration, according to art. 1227 of the civil code. This occurs solely for not having preliminarily objected to the wrongful decision, even if the injured party is not required do to so by law. Since a portion of the damage was inevitable, it has to be at the injured party’s expense. Furthermore, I will examine other similar cases in the administrative law field, in order to highlight how the solidarity clause permeates the entire civil liability system.

A part of this project is dedicated to a comparative study of the solidarity clause with respect to the supranational landscape, regarding, in particular, the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and the Unidroit principles. The comparative research proceeds in details through a comparison with the French legal system, in order to understand similarities and divergences.

Before going to the final conclusion, the project investigates the real function of the civil liability system. In this part, I analyze the multi-functional nature of the civil liability in order to understand – also in a comparative fashion - if punitive damages are compatible with the civil liability functions. In this perspective I analyze the environmental damage, and show how solidarity clause allocate damages among subjects.

Following the historical, current and comparative analysis, the last part of the project evaluates the impact that this clause, set forth in art. 2 of the Constitution, is having in the Italian system, as a “safety valve” directed to conform a rigid system – which is intended for the certainty of the law – to the new demand coming from the bottom. After this comparative exam, I propose an analytical overall view from an innovative perspective, bringing to the table of the Italian legal system other legal systems’ uses of the solidarity principle, in particular the French one, in order to foresee the expanding trends of the system.

CONTENTS

Chapter 1: The origin and the evolution of solidarity clause – **Chapter 2:** solidarity clause into the civil liability system. The Italian’s system of quantification damages. **Chapter 3:** The early solidarity expansive phenomenon. **Chapter 4:** The new “reverse trend” due to the solidarity clause. **Chapter 5:** the new function of liability system. **Chapter 6:** Conclusions.

KEYWORDS

Civil liability – Tort – Unjust damage - Non-contractual liability - Damages – Solidarity clause – Non-monetary damages - Duty to mitigate – Punitive damages – Disgorgement

About the Author

Camilla Serraiotto (email: Camilla.serraiotto@unitn.it) earned her Ph.D. in European and Comparative Legal Studies at the University of Trento. She was visiting Ph.D student at the Collège de France in Paris, at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg, and at the Université de Savoie Mont Blanc in Chambéry. She is a lawyer and she has a significant experience in the civil liability system, especially in tort.

ABSTRACT

Il lavoro si pone l'obiettivo di indagare l'impatto e l'evoluzione della clausola di solidarietà, sancita a livello costituzionale all'art. 2, sul sistema della responsabilità civile ed in particolare la sua incidenza sull'operatività del rimedio risarcitorio azionabile dalla vittima dell'illecito.

La prima parte dell'analisi è dedicata, in chiave storica, a ricostruire l'origine e la *ratio* della clausola solidaristica e la nozione di ingiustizia del danno nel sistema italiano, avuto riguardo alla struttura dell'illecito aquiliano e alla sua originaria funzione.

Il progetto analizza la nuova "tendenza inversa" del principio di solidarietà. Se in una prima fase esso ha portato ad una visione lata del risarcimento, inaugurata con le Sentenze San Martino del 2008 per il danno non patrimoniale, ci si interroga se, secondo i nuovi sviluppi pretori, vi sarebbe un'inversione di tendenza. Se cioè si stia progressivamente facendo largo l'idea che, proprio in virtù della clausola solidaristica, il danneggiato sia costretto a sopportare una parte del danno patito.

Si individua quindi la funzione della clausola di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. quale limite interno all'esercizio del diritto, in quanto non esiste nell'ordinamento l'esercizio di un diritto privo di limiti. Il limite intrinseco è l'esercizio dello stesso in modo solidale, che impone al suo titolare la buona fede ed il divieto di abusarne. Entrambi i principi trovano fondamento proprio nel principio di solidarietà ed impongono al creditore un *duty to mitigate* nei limiti di un sacrificio non eccessivo. Vi sarebbe dunque un dovere solidaristico di sopportare una parte di danno inteso non solo come decremento ma anche come mancato incremento economico.

Sulla scia di questa analisi si riscopre la funzione dell'art. 2 Cost. come *principio di auto responsabilità*, anche nell'ambito del diritto amministrativo, che pone le fondamenta per la c.d. "tendenza contenitiva". Il fenomeno impone al danneggiato di sopportare una parte del danno derivante dal provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione, *ex art. 1227 c.c.*, per il fatto stesso di non aver impugnato in via pregiudiziale il provvedimento lesivo, pur non essendone obbligato. Tale tendenza è comune in diversi settori dell'ordinamento giuridico, paradossalmente anche in quelli che sino a ieri avevano conosciuto un'opposta tendenza "espansiva".

Una terza parte del progetto è dedicata all'analisi comparativa della clausola di solidarietà, avuto riguardo al panorama sovranazionale, in particolare con riferimento al Draft Common Frame of reference (DCFR) ed ai principi Unidroit. L'analisi scende poi nel dettaglio attraverso un raffronto con l'ordinamento Francese al fine di comprenderne analogie e differenze.

Prima di tirare le fila delle due tendenze contrapposte, accomunate paradossalmente dal medesimo principio costituzionale, ci si interroga sulla reale funzione della responsabilità civile, al fine di valutare se vi sia posto, all'interno dell'ordinamento, per questo nuovo trend "contenitivo" ed in particolare se i c.d. danni punitivi possano trovare una ragione giuridica giustificativa innanzi al baluardo del principio di integrale riparazione del danno e delle limitazioni che esso per definizione porta con sé.

L'ultima parte del progetto valuta l'impatto che la clausola di cui all'art. 2 Cost. sta avendo nel sistema italiano, quale valvola di sicurezza per adattare un sistema pressoché

rigido - preordinato per questo alla certezza del diritto - alle esigenze innovative che muovono dal basso.

PAROLE-CHIAVE

Responsabilità civile – Responsabilità extracontrattuale – Danno non patrimoniale – Solidarietà – Danni punitivi

Notizie sull'autrice

Camilla Serraiotto (email: Camilla.serraiotto@unitn.it) ha conseguito il dottorato in Scienze Giuridiche europee e transnazionali nell'Università di Trento (2018). È stata Ph.D visiting al Collège de France, al Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, e presso l'Université de Savoie Mont Blanc. È avvocato nel foro di Vicenza e si occupa principalmente di responsabilità extracontrattuale, con particolare riguardo al sistema italiano di quantificazione del danno patrimoniale e non patrimoniale, anche in un'ottica comparata. Camilla Serraiotto è autrice di diverse pubblicazioni in materia di responsabilità extracontrattuale.

SOMMARIO

LA SOLIDARIETÀ NELLA RESPONSABILITÀ CIVILE TRA TENDENZE ESPANSIVE E NUOVI IMPIEGHI LIMITATIVI

1	CAPITOLO PRIMO	10
	ORIGINE ED EVOLUZIONE STORICA DELLA CLAUSOLA DI SOLIDARIETÀ	
1.1	I diversi significati della solidarietà.	10
1.2	La solidarietà nella Costituzione e la sua <i>ratio</i> .	14
1.3	La solidarietà nella dimensione sovranazionale: le fonti europee e la CEDU.	29
1.4	Analisi del Codice Civile: gli albori del principio di solidarietà. Cenni introduttivi.	37
1.5	Il contratto di assicurazione.	41
1.6	La clausola di buona fede quale obbligo di reciprocità sociale.	45
1.7	Conclusioni.	50
2	CAPITOLO SECONDO	51
	LA SOLIDARIETÀ NELL'AMBITO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: IL SISTEMA DI QUANTIFICAZIONE DEL DANNO.	
2.1	Premessa	51
2.2	Solidarietà e ingiustizia del danno nell'illecito aquiliano. Il risarcimento "solidale".	53
2.3	La struttura dell'illecito aquiliano.	59
2.4	La comparazione: La responsabilità civile in Francia. La responsabilità extracontrattuale.	70
2.5	La causalità e la regola del "più probabile che non". L'infrazionabilità della responsabilità civile.	86
2.6	Le conseguenze dell'illecito aquiliano: il danno patrimoniale e il danno non patrimoniale. Riflessioni critiche.	90

2.7	Il principio di integrale riparazione del danno.	98
2.8	La comparazione: il principio di integrale riparazione del danno nell'ordinamento francese e la sua quantificazione. Tendenza "espansiva" o "restrittiva"? <i>Segue</i> . le possibili limitazioni del principio di responsabilità per un "motivo di interesse generale".	105
2.9	Il risarcimento del danno patrimoniale. "Danno storico" e "danno giuridico". Danni mediati e riflessi. Il c.d. "danno da rimbalzo".	131
2.10	La comparazione: l'art. 1227 c.c. nell'ordinamento francese.	152
2.11	Il "filtro" della <i>compensatio lucri cum damni</i> .	155
2.12	Il risarcimento del danno non patrimoniale: risarcimento per la vittima o punizione per il danneggiante?	160
3	CAPITOLO TERZO	164
	LA INIZIALE TENDENZA ESPANSIVA DELLA SOLIDARIETÀ	
3.1	Introduzione. Le origini solidaristiche della tendenza espansiva.	164
3.2	Il risarcimento del danno non patrimoniale tra la solidarietà <i>restrittiva</i> dell'art. 2043 c.c. quale filtro all'ingiustizia e quella <i>espansiva</i> dell'art. 2 Cost. dei "diritti inviolabili".	166
3.3	La solidarietà nel bilanciamento tra danneggiato e danneggiante ai fini della determinazione del <i>quantum</i> risarcitorio <i>ex art.</i> 2043 c.c.	181
3.4	Il risarcimento del danno non patrimoniale in ambito contrattuale.	188
3.5	L'influenza dei Principi Unidroit, dei Principi del Diritto Europeo dei Contratti (PECL) e del Draft Common Frame of Reference (DCFR) sul risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento.	197
3.6	L'art. 2 Cost. e la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione della proprietà privata a seguito di "immissioni". Un caso recente (Cass. 20927/2015). La solidarietà come controlimite alla CEDU.	202
3.7	L'influenza della CEDU nel catalogo dei diritti fondamentali <i>ex art.</i> 2 Cost.	211
3.8	L'illecito endofamiliare: il tradimento ingiusto lascia il posto a quello solidale.	216
3.9	L'obbligo di soccorso difensivo <i>ex art.</i> 2 Cost.: contrasto giurisprudenziale e prospettiva critica.	224
3.10	La causalità omissiva e la perdita di chance come estensione del risarcibile. Dal "ragionevole dubbio", al "più probabile che non", per arrivare alla chance.	237

4	CAPITO QUARTO	240
	LA TENDENZA "INVERSA": RESTRIZIONI SOLIDARISTICHE ALLA TUTELA RISARCITORIA	
4.1	Introduzione. L'analisi economica del diritto alla base della tendenza contenitiva.	240
4.2	Il danno esistenziale e il filtro della c.d. clausola bagatellare.	241
4.3	Clausola bagatellare e principio di offensività: responsabilità civile e penale a confronto nella selezione degli illeciti meritevoli di tutela.	249
4.4	L'art. 131 bis c.p.: elisione totale della responsabilità penale del danneggiante.	254
4.5	L'evoluzione nel sistema risarcitorio del danno non patrimoniale: il danno morale e l'inesorabile "ginepraio".	261
4.6	La c.d. "tendenza inversa" della solidarietà fa breccia nel danno non patrimoniale. Il sistema tabellare di liquidazione e la questione di legittimità costituzionale sulle micropermanenti.	273
4.7	La responsabilità della Pubblica Amministrazione per il danno da provvedimento amministrativo illegittimo: l'art. 1227 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 Cost. rivitalizzano la pregiudiziale amministrativa?	292
5	CAPITOLO QUINTO	297
	SOLIDARIETÀ E FUNZIONI DELLA RC	
5.1	Rileggere oggi Rodotà: la polifunzionalità della responsabilità civile".	297
5.2	La limitazione del danno risarcibile per effetto della funzione della responsabilità civile e l'ammissibilità dei c.d. <i>punitive damages</i> e del <i>disgorgement</i> .	301
5.3	La comparazione: la funzione della responsabilità civile in Francia e l'ammissibilità dei c.d. "dommages punitifs".	342
5.4	La funzione della responsabilità civile nel danno ambientale: i principi di equità e di giustizia distributiva alla base di una visione solidaristica che alloca il danno tra proprietario del sito inquinato e collettività, entrambi non colpevoli.	353
	CONCLUSIONI	364
	BIBLIOGRAFIA	376

CAPITOLO PRIMO

ORIGINE ED EVOLUZIONE STORICA DELLA CLAUSOLA DI SOLIDARIETÀ

1.1. I diversi significati della solidarietà. **1.2.** La solidarietà nella Costituzione e la sua *ratio*. **1.3.** La solidarietà nella dimensione sovranazionale: le fonti europee e la CEDU. **1.4.** Analisi del Codice Civile: gli albori del principio di solidarietà. Cenni introduttivi. **1.5.** Il contratto di assicurazione. **1.6.** La clausola di buona fede quale obbligo di reciprocità sociale. **1.7.** Conclusioni.

1.1. I diversi significati della solidarietà.

Ripensando alla nozione di *solidarietà* in termini giuridici, si osserva che questa viene in rilievo sotto diverse accezioni.¹ La nozione di “solidarietà”, riferendosi alla gerarchia delle fonti, dovrebbe preminentemente evocare il principio costituzionale di solidarietà, di cui all’art. 2 Cost. Lo stesso fa riferimento espresso ad essa, posto che, come poc’anzi visto, statuisce che “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei *doveri inderogabili di solidarietà* politica, economica e sociale”.² E dunque, sembra potersi dare una vocazione prettamente pubblicistico – sociale, calandola nei rapporti non solo individuali ma anche all’intero di tutte quelle formazioni sociali ove l’individuo può svolgere la propria personalità.

Invero, limitare la solidarietà di cui all’art. 2 Cost. ad una esclusiva matrice sociale, senza avere riguardo al forte impatto che essa sta avendo all’interno della responsabilità civile, vorrebbe dire ignorare una buona parte della sua operatività, forse tra le più importanti, posto che per effetto della sua incidenza nel sistema risarcitorio sta

¹ A. SUPIOT, *La solidarité. Enquete sur un principe juridique*, Odile Jacob, 2015.

² A. SUPIOT, *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale* (2010), Milano 2011, 37; Ib. *Homo Juridicus, saggio sulla funzione antropologica del diritto*, trad. it. Di Ximena Rodriguez, Milano, 2006, 63 e ss.; L. MENGONI, *La tutela della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Diritto e Valori*, Bologna, 1985, 127, secondo il quale “il modello antropologico dell’individualismo proprietario è stato corretto dal diritto del Lavoro, che comincia a svilupparsi dalla metà del XIX secolo [...], presuppone l’uomo che lavora e non soltanto un proprietario di forza – lavoro che la offre sul mercato”.

determinando un'inversione di tendenza che ha recentemente portato a forti decurtazioni dei danni risarcibili per la vittima dell'illecito ovvero dell'inadempimento contrattuale, riversando sicuramente i suoi effetti su di un piano sociale, in particolare sul sistema assicurativo nazionale. Ed ecco che, a ben vedere, alla fine i conti tornano, e si può arrivare a recuperare la dimensione sociale di essa.³

Se cioè in un primo momento la solidarietà di cui all'art. 2 Cost. ha portato il sistema ad allargarsi al risarcimento dei danni non patrimoniali anche al di fuori delle strette maglie di cui all'art. 2056 c.c., proclamante una rigorosa tipicità dei casi per i quali è ammissibile siffatta tutela, ad oggi sta avendo una "tendenza inversa": ossia quella stessa solidarietà è posta a giustificazione non più di un'elargizione di tutela ritenuta giusta in considerazione dell'inviolabilità di taluni diritti, bensì ad una restrizione di essa in considerazione di (così giudicate) preminenti esigenze sociali, quali quella di contenere i costi assicurativi al fine di garantire un effettivo risarcimento per la vittima dell'illecito, a discapito del principio di integrale riparazione del danno. Tali limitazioni risarcitorie verrebbero giustificate proprio in quanto ritenute "solidalmente necessarie" per effetto dell'art. 2 Cost.

Il terzo e forse più puntuale riferimento ad essa, ma anche il meno immediato tra tutti, lo si rinviene nel concetto stesso di ingiustizia del danno. Quest'ultima infatti si colora, al fine di potersi qualificare tale, di una matrice solidaristica, tanto da dover parlare di "*ingiustizia solidale*".

A ben vedere il predicato "ingiusto" è uno degli elementi costitutivi dell'illecito *ex art. 2043 c.c.*, posto che prima di essere "risarcibile" tale danno deve dirsi, appunto, "ingiusto". Il connotato in parola predica un'indagine avuto riguardo, come di qui a poco si vede, al concetto stesso di solidarietà. Di talché essa in un primo momento si pone come vaglio preventivo nel selezionare i danni ingiusti, e, secondariamente opera espandendoli grazie al combinato disposto dell'art. 2059 c.c. e art. 2 Cost., per quel che concerne i diritti inviolabili. Se tuttavia l'analisi si arrestasse a questo punto, si comprenderebbe solo una prima parte della problematica, ossia la primordiale tendenza "espansiva" del sistema che ha permesso di vedere ristorati da un punto di vista

³ S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soci*, 1996, 10 e ss.; G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1994, II, 372 e ss., secondo il quale vi sarebbero due diversi concetti di solidarietà: un primo corrisponde ad una solidarietà orizzontale (tra privati) ed un secondo che richiama invece una verticale (verso lo Stato), eccone la dimensione sociale, che esce da quella puramente individuale. BLAIS, *Storia di un'idea*, a cura e con presentazione di MAGNI, *Tra ponti e confini*, Milano, 2012, 345 e ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 5 e ss. il quale pone l'accento sul significato della solidarietà come valore costituzionale, o meglio di prioritario rilievo costituzionale.

economico i danni non patrimoniali al di fuori della stretta tipicità data dal combinato disposto dell'art. 2059 c.c 189 c.p.

È proprio in questo momento che il principio di solidarietà entra in gioco determinando, dopo innumerevoli altre limitazioni positivamente poste dal legislatore, già in parte permeate dal concetto stesso di solidarietà (1223, 1225, 1227 c.c.), un'ulteriore limitazione e imponendo al danneggiato di sopportare solidaristicamente una parte dei danni, seppur abbiano già superato i precedenti limiti e dunque costituiscano danni "a pieno risarcibili". Tale ultimo principio, ovvero quello di integrale riparazione del danno, dovrebbe invero essere rispettato, ma nel bilanciamento con altre esigenze sociali, parimenti tutelate a livello costituzionale, ne esce sconfitto.⁴

Di talché, quella stessa solidarietà che in un primo tempo ha mosso il sistema verso un'apertura per evitare quella pericolosa declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., sta ad oggi frenando il sistema risarcitorio, imponendo un dovere solidaristico di sopportare (una parte) del danno, a discapito della sua integrale riparazione.

L'analisi dell'influenza della solidarietà sull'attuale sistema della responsabilità civile non può esimersi dall'indagare i molteplici significati che ad essa vengono attribuiti, taluni in una dimensione più schiettamente sociale-pubblicistica, talaltri in una più civilistica- privatistica, tutta improntata alla quantificazione del danno risarcibile causato da una condotta illecita, derivante dall'inadempimento ovvero da un illecito extracontrattuale.

I diversi significati che ad essa sono stati accordati non esimono dalla necessità, o meglio dalla constatazione, che è possibile trovare un significato comune alla stessa, inteso in senso lato come l'esigenza di porsi in un atteggiamento positivo nei confronti di un altro soggetto, al fine di tenere in considerazione gli interessi ed i bisogni di questo, ancorché comportino una limitazione dei propri diritti, per uscire dall'egoismo egocentrico in cui ciascuno di noi sarebbe portato a rifugiarsi per trarre la massima soddisfazione possibile dei propri interessi.

La solidarietà ha così portato ad un atteggiamento espansivo del sistema della responsabilità civile iniziato nel momento in cui si è sentita l'esigenza di ampliare il catalogo dei "diritti inviolabili" dell'uomo, espressamente menzionati nell'art. 2 della

⁴ Per una disamina più approfondita sul sistema di quantificazione del danno, con riferimento sia al danno patrimoniale che non patrimoniale si veda A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1947, 31; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 198; P. G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 181.

Carta Costituzionale, per adottare invece un atteggiamento restrittivo nel momento in cui si è trattato di bilanciare il diritto di ciascuno con quelli altrui, all'interno di dimensioni relazionali del soggetto, schiuso dalla sua dimensione di "singolo", e posto all'interno di formazioni sociali ovvero di relazioni sociali.⁵ Di qui lo sviluppo di un concetto di solidarietà che, cercando di unire la tutela del singolo alla tutela dello stesso calato però all'interno della relazionalità, ha richiesto un bilanciamento di interessi, che in ragione della loro conflittualità e della conseguente impossibilità di tutela simultanea, ha imposto di farne accettarne solidaristicamente una limitazione. Si perché, nell'evoluzione del concetto di solidarietà, essa non è impiegata solo in una dimensione espansiva, come il primordiale significato costituzionale potrebbe far unicamente pensare, e come il primordiale atteggiamento della responsabilità civile ha in effetti confermato, bensì in senso restrittivo, per imporre, paradossalmente, una limitazione dei propri diritti.

Vi è allora da interrogarsi sull'esatto concetto di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., stante i più disparati utilizzi della stessa per legittimare e prima ancora giustificare decisioni legislative e giudiziali che sembrano andare nell'opposta direzione rispetto al suo primordiale significato, salvo recuperare quel concetto generale di fondo comune ad entrambi gli utilizzi della stessa (restrittivo ed espansivo) poc' anzi evidenziato.⁶

Se certo è facile criticare l'art. 2 Cost., affidandogli la metafora di un "contenitore vuoto" in cui recentemente sono state ricondotte le più diverse scelte tanto legislative quanto giurisprudenziali, con la pretesa in qualche modo di legittimare operazioni giuridiche invece non consentite dalla positivizzazione giuridica, limitarsi a tale visione del fenomeno non può che essere semplicistica e riduttiva, posto che si rende necessario indagarne effettivamente la portata e gli effetti che essa ha avuto nell'attuale sistema della responsabilità civile, e solo così facendo, si possono scorgere, accanto a sicuri utilizzi distorti e pretestuosi della stessa, altrettanti utilizzi corretti che hanno al contrario permesso di risolvere problematiche non risolvibili mediante le norme positive del Codice Civile.

⁵ In particolare, per quel che concerne la dimensione sociale della solidarietà, intesa quale relazione nel mondo del mercato, si veda: M. BARCELLONA, *La solidarietà come fatto e come diritto*, in *Lavoro e dir.* 1996, 1, 3 e ss.; con posizione diversa invece n. Irti, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 289 e ss.

⁶ L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Mengoni, Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011, 143, secondo cui sul concetto di solidarietà "la riflessione è appena agli inizi: [...] nell'attuale contesto di ristrutturazione delle imprese e di grave crisi occupazionale è emersa una funzione della solidarietà non solo come fonte di doveri, che tocca al legislatore definire, ma anche quale criterio di giustificazione di leggi che a certe condizioni comprimono in qualche misura diritti individuali".

Se certamente per alcuni versi può dirsi criticabile l'utilizzo della stessa in termini di certezza del diritto, stante l'enorme potere che essa ha accordato al giudice di incidere sulla pattuizione delle parti ovvero sulla stessa portata letterale di una norma di legge, per giustificarne il suo esatto opposto, per altro verso essa ha apportato effetti benefici ad un sistema che altrimenti non avrebbe potuto offrire una soluzione davvero "di tutela" per il soggetto danneggiato.

L'analisi vuole così dapprima mostrare oggettivamente i diversi utilizzi del principio di solidarietà, evidenziando come vi sia appunto questa "tendenza inversa" del sistema, volto a limitare la tutela della vittima per superiori esigenze (anziché ampliarla) come in un primo tempo è accaduto, e successivamente - nella parte finale - evidenziare le criticità, ma anche gli aspetti positivi che caratterizzano l'utilizzo della stessa, in modo tale da avere una reale visione critica del fenomeno.

1.2. La solidarietà nella Costituzione e la sua ratio.

Con l'avvento della Costituzione, il principio solidaristico trova espresso riconoscimento all'art. 2 e rappresenta l'esito di un lungo processo di giuridicizzazione.⁷

⁷ P. CALAMANDREI, *La Costituzione*, in AA.VV. Dieci anni dopo. 1945 – 1955, Bari, 195, 212 e ss. Si riporta di seguito un passo significativo dell'A.: "La Costituzione non fu, come lo Statuto Albertino, una Costituzione regia, cioè elargita (octroyée) da un sovrano, ma fu una Costituzione popolare, deliberata, quando ormai ogni ingerenza dell'ex sovrano era stata esclusa dal referendum istituzionale del 2 giugno 1946 che aveva scelto la forma repubblicana, da un'assemblea rappresentativa eletta dal popolo con metodo rigorosamente democratico. Ma non fu una Costituzione rivoluzionaria, nel senso che consacrò in formule giuridiche una rivoluzione politicamente già compiuta. La generosa illusione del Partito d'azione che dalla unanimità antifascista della Resistenza potesse immediatamente uscire, subito dopo la liberazione, un rinnovamento delle strutture sociali ed economiche sulla base del CLN, ebbe corta durata: con le dimissioni del breve governo di Ferruccio Parri, che rappresentò per qualche mese (dal giugno al novembre 1945) le superstiti speranze della Resistenza di dare all'Italia un governo di popolo che non implicasse la restaurazione della vecchia classe dirigente responsabile di aver dato vita al fascismo, la Costituente si aprì in un'atmosfera non più di unanime fervore rivoluzionario, ma di patteggiamento tra i grandi partiti di massa, da una parte i democristiani, dall'altra i socialisti e i comunisti. L'unica rivoluzione effettivamente già compiuta, della quale la nuova Costituzione doveva dare atto in formule giuridiche, era la caduta della monarchia: tutti erano concordi nell'assegnare alla Costituzione il compito di costruire giuridicamente un congegno di governo che avesse la forma repubblicana al luogo di quella monarchica, purché, al disotto di quella nuova forma politica, rimanessero invariate, almeno per il momento, le strutture economiche e sociali dell'Italia pre-fascista. Qualcuno avrebbe voluto che si desse alla Costituente non solo il compito di ricostruire in forma repubblicana le strutture fondamentali dello Stato, ma anche quello di deliberare almeno alcune fondamentali riforme di carattere economico-sociale, che rappresentassero l'inizio di una trasformazione della società in senso progressivo: avrebbe voluto cioè che la nuova Costituzione dovesse essere non semplicemente "organizzativa" dei congegni di governo (dello Stato-apparato), ma anche "ordinativa" della vita sociale italiana (dello Stato-comunità). Ma questa idea non fu accolta; o per dir meglio fu raccolta a metà, per dare ai suoi sostenitori l'illusione che non fosse stata respinta del tutto. Tra il tipo di Costituzione breve, meramente organizzativa dell'apparato dello Stato, e il tipo di Costituzione lunga, che fosse anche ordinativa della società, l'Assemblea costituente scelse un tipo di Costituzione lunga, cioè contenente anche una parte ordinativa: la quale però, invece di

Per effetto della costituzionalizzazione del principio in parola, l'intero sistema giuridico delineato dal Codice Civile vigente risente dei suoi influssi applicativi.⁸ Elevato infatti a principio costituzionale permette di scardinare le previsioni normative entro i confini di tipicità che sono loro propri: trattandosi infatti di un principio generale esso viene ad oggi utilizzato per giustificare scelte legislative che non troverebbero riscontro in senso stretto nelle specifiche disposizioni normative del Codice. Ed anzi, sta avendo un'influenza dirompente nel sistema della responsabilità civile, specialmente nell'ambito aquilano, per quel che concerne la selezione nonché la quantificazione del danno non patrimoniale, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di *vulnus* di altrettanti principi costituzionali che dovrebbero porsi a bilanciamento con esso, prima di decretarne il suo operare.

Il principio reca con sé una pluralità di significati accordati nel corso della relativa evoluzione storica, ed il suo positivo riconoscimento segna una svolta storica e culturale prima ancora che giuridica, condizionando il potere pubblico, privato e le libertà individuali.⁹ Ne deriva che le disuguaglianze individuali e collettive piuttosto che

esser volta ad effettuare una trasformazione delle strutture sociali, si limitava a prometterla a lunga scadenza, tracciandone il programma per l'avvenire.

⁸ A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Comm. Cost.*, Branca, Bologna – Roma, 1975, 51 e ss.: La svolta in merito all'attuale portata dell'art. 2 Cost. la si ha nell'ambito della Responsabilità Civile, grazie alla pronuncia delle Sezioni Unite 2008, le quali, partendo dal significato che l'art. 2 Cost. aveva nella Costituzione, riflettono sulla sua reale portata ed accolgono la tesi (originata dalla Corte Cost. n. 215 del 1997) di parte della giurisprudenza che rinviene nell'articolo in parola non già una clausola "riassuntiva" dei diritti esplicitamente previsti dalle successive norme della Costituzione, bensì, superando il precedente orientamento, sposa la tesi della fattispecie "aperta" allo scopo di potervi includere i "nuovi diritti" inviolabili; P. PERLINGERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 e ss.; *Ib. Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, 1990, 21 e ss.; L. MENGONI, *Diritti inviolabili e doveri inderogabili*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale, Vita e pensiero*, Milano, 1998, 9 e ss.; C. MORTATI, *Il diritto al lavoro nel sistema dei principi costituzionali*, in *La disoccupazione in Italia, Studi speciali, atti della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*, Vol. IV, Roma, 82 e ss.

⁹ G. ALPA, voce *Solidarietà*, in *Nuova giur. comm.*, cit. 365. L'Autore considera la solidarietà quale strumento di integrazione sociale che funge anche da correttivo all'esasperato individualismo con cui ognuno esercita i propri diritti. I doveri di solidarietà apparirebbero come il fondamento di una civile convivenza ispirata ai valori della libertà individuale e della giustizia sociale. Nello stesso senso A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Comm. Cost.*, Branca, Bologna – Roma, 1975, 51 e ss.; Si veda al riguardo anche P. PERLINGERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 e ss.: secondo l'autore, l'art. 2 Cost. ridefinirebbe da un lato la concezione dell'uomo stesso all'interno delle libertà individuali, dall'altro ridefinirebbe la concezione stessa dei rapporti tra gli uomini, non solo nella dimensione economica. Alla solidarietà spetterebbe l'arduo ruolo di ricomporre le disuguaglianze economico – sociali esistenti nel mercato. *Ib. Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, 1990, 21 e ss.; Sempre sulla solidarietà intesa quale strumento di "uguaglianza" all'interno della società ma anche del mercato si veda: L. MENGONI, *Diritti inviolabili e doveri inderogabili*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale, Vita e pensiero*, 1998, 9 e ss.; C. MORTATI, *Il diritto al lavoro nel*

costituire motivo di impedimento personale e di disgregazione sociale divengono causa di intervento dei pubblici poteri e strumento di partecipazione dei privati, di talché il principio solidaristico permette di evitare il “*bellum omnium contra omnes*”.¹⁰

In sede di Assemblea costituente questa norma ebbe invero una discussione limitata, non perché non fosse da tutti condivisa o conosciuta come di centrale importanza, bensì perché fu ampiamente discussa nella Prima Sottocommissione (Diritti e Doveri dei Cittadini) che ne elaborò il progetto (seduta 9 e 11 settembre 1946) pervenendo ad una sintesi condivisa tra le maggiori correnti politiche del momento storico. Taluni ritenevano infatti che l’Assemblea Costituente avrebbe per tal via modificato in modo rilevante i rapporti economico – sociali, in una direzione prettamente socialista. Da parte di altri si pensava all’obiettivo di dare al nuovo ordinamento costituzionale un’impronta confessionale poi riformata dai Patti lateranensi e, da ultimo, nuovamente corretta dagli Accordi di Villa Madama.

Venne così ad esistenza il concetto di “diritti inviolabili dell’uomo” che, in un primo momento conobbe la critica di quanti sostenevano che un diritto “violabile” non è un diritto, e che la compressione, o la soppressione di un diritto da parte della legge, non può essere considerata una sua violazione. La prima sottocommissione scelse l’aggettivo “inviolabili” tra plurimi proposti: imprescrittibili, insopprimibili, irrinunciabili, incancellabili, eterni, sacri, fondamentali, essenziali, originari e naturali. Per vero, l’aggettivo più indicato sarebbe stato secondo i più “naturali”, ma si voleva connotare il concetto di cui all’art. 2 Cost. in senso più filosofico, storico e teleologico che giuridico. In realtà nella versione definitiva della norma rimase una profonda traccia di giuridicità, poiché i diritti inviolabili sarebbero stati non solo quelli analiticamente ed espressamente riconosciuti in seguito all’interno della Carta Costituzionale, ma anche tutti gli altri diritti naturali storicamente preesistenti alla formazione dello Stato e pacificamente reputati “naturali” ed insopprimibili al di là di una loro previsione costituzionale esplicita.¹¹

Accanto ai “diritti” si posero poi i “doveri inderogabili” posto che l’uomo beneficiario di tanti e tali diritti non deve tralasciare di considerare la necessità di

sistema dei principi costituzionali, in *La disoccupazione in Italia, Studi speciali, atti della Commissione parlamentare d’inchiesta sulla disoccupazione*, Vol. IV, Roma, 82 e ss.;

¹⁰ N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I.

¹¹ E. ROSSI E A. BONIMI, *La fraternità tra “obbligo” e “libertà”. Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, in A. MARZANATI, A. MATTONI (a cura di), *La Fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007, 61 e ss. Per un confronto critico si veda anche G. ALPA, *Solidarietà*, cit. 368 e ss.

adempiere a tutti quei doveri che l'appartenenza ad un consorzio civile rende eticamente e moralmente doveroso.¹²

In questo clima storico ben si comprende la *ratio* che ha ispirato il venire ad esistenza dell'art. 2 Cost.: con essa si intende una presenza sostanziale della persona umana intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali, superando definitivamente le tesi stato-centriche che fondavano i diritti individuali in una auto-limitazione dello Stato. La ragione di fondo che giustifica l'adempimento dei doveri deve essere proprio individuata nel principio di solidarietà, che impone, nel soddisfare i propri diritti, di farsi carico anche di una parte dei bisogni degli altri, accettando anche una limitazione della propria sfera, ancorché sul piano dei diritti fondamentali. Ecco dunque che le reciproche situazioni di diritto e dovere si bilanciano nella solidarietà. Ciò è tanto importante quanto più si consideri l'attuale crescita globalizzata connotata da una vasta competitività nel consumo delle ricchezze, anche individuali, nonché le disuguaglianze economiche.

I diritti dunque, oltre a subire limiti negativi, consistenti nel divieto di pregiudicare l'altrui sfera giuridica, implicano delle prestazioni positive a vantaggio della collettività, *ex art. 41 e 42 Cost.*, come a breve si approfondirà.¹³

Escludendo dunque le letture estreme quali quella unicamente individualista e pure quella prettamente totalitaria, si ritenne che l'unica soluzione prospettabile fosse quella di riconoscere la preminenza sostanziale della persona umana rispetto allo stato, la necessaria socialità di tutte le persone umane, che dovrebbero vivere secondo una reciproca solidarietà, ed altresì l'esistenza sia dei diritti fondamentali degli individui, sia i diritti delle comunità prima ancora che essi vengano concessi dallo stato.¹⁴

¹² Sul punto si veda L. MENGONI, U. ROMAGNOLI, G. GIUGNI, T. TREU, *Fondata sul lavoro. La Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà, Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, a cura di M. NAPOLI, *Vita e pensiero*, Milano, 1998, 3 e ss. Secondo l'A. "la solidarietà non è tanto una virtù morale che si esplica nei rapporti interindividuali con atti personalizzati nei confronti di singole persone [...] quanto un principio giuridico complementare al principio di eguale trattamento enunciato all'art. 3 Cost. L'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge non è completa se non viene integrata dal dovere solidale di tutti di sobbarcarsi in proporzione delle proprie possibilità dei costi dello stare insieme in società".

¹³ N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 289 e ss.: nel riflettere sul rapporto tra gli artt. 41 e 2 Cost. il giurista è portato a vedere uno schema economico diverso articolato sulla relazione Stato – mercato, da un lato, dall'altro un'economia non di mercato basata sui principi della reciprocità e della redistribuzione. In particolare, alla 291, l'A. afferma che la norma di cui all'art. 2 Cost. vieta le modalità che siano o contrastanti con l'utilità sociale, o fonte di danno per taluni beni. "essa non introduce un controllo sugli scopi perseguiti, né un sindacato sul merito dell'impresa".

¹⁴ S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Id.*, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 e ss.

Non si può pertanto porre in questione o dubitare che la persona umana, epicentro di tutti i valori morali ed etici, abbia dei diritti naturali originari, diversi anche da quelli consacrati e positivizzati nella legge e nella Costituzione, che devono essere riconosciuti e garantiti dallo Stato. Se questo è il senso dell'art. 2 Cost. si può ben comprendere come non sia l'individuo al servizio dello Stato, ma sia quest'ultimo a servizio del primo, al fine di riconoscerne, garantirne e tutelarne i diritti "inviolabili", sicché esso rappresenta non lo strumento dello stato ma il fine ultimo per il quale la norma giuridica è data.

Tali diritti inviolabili vengono collocati dalla norma costituzionale in un piano extra-giuridico, in quanto vengono prospettati come attributi della persona umana che trascendono e precedono lo Stato, sicché esso deve unicamente limitarsi a riconoscerli, senza la necessità di costituirli positivamente. Per tal via, l'art. 2 Cost. rappresenta una clausola generale suscettibile di adattarsi ad ogni mutamento storico, non già un catalogo chiuso di diritti. Essi si manifestano non solo nei confronti dello stato ma anche nei confronti di tutti gli altri consociati, ciò è confermato dall'espressione come singolo, e "nelle formazioni sociali".

Se poi tradizionalmente i diritti fondamentali trovavano protezione per effetto della riserva di legge parlamentare, oggi l'art. 2 Cost. funge esso stesso da limite al potere legislativo non solo ordinario ma anche costituzionale. Come ribadito dalla Corte Costituzionale¹⁵, essi non possono essere "sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali". Ecco dunque che il diritto inviolabile tende a prevalere anche nei confronti di ulteriori disposizioni costituzionali, che qualora si pongano come espressamente derogatorie, devono intendersi in senso restrittivo, ed esso fonda un danno autonomo, diverso da quello patrimoniale. Discusso è invece se il provvedimento amministrativo possa incidere su di essi, "degradandoli", questione che si affronterà nel prosieguo della trattazione.

Si può allora scorgere una *summa divisio* tra i "diritti della personalità umana" e i "diritti di solidarietà".¹⁶ Con i primi si intendono quei diritti che conferiscono al

¹⁵ Corte Cost. 29 dicembre 1988 n. 1146, FI, 1989, 1, 609.

¹⁶ A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 20 e ss., secondo il quale i diritti fondamentali vengono così definiti in quanto sono diritti costituzionali e per ciò solo si differenziano dagli altri diritti, privi del fondamento costituzionale. Si veda anche P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2001, 81 e ss. secondo il quale il pregio della nuova Costituzione è proprio quello di mettere al centro la persona umana, non concependola più in antitesi con lo Stato, ma vedendo quest'ultimo al servizio della prima.

soggetto un potere di godimento della personalità ed una pretesa alla non ingerenza di terzi, ed essi si traducono nei diritti elencati agli artt. 13 e ss. della Costituzione (libertà personale, libertà di domicilio, libertà di segretezza e corrispondenza, di riunione ed associazione, di fede e così via). Sono i c.d. “diritti di prima generazione” in quanto formati a seguito della Rivoluzione francese e dell’avvento dello Stato di diritto.¹⁷

Accanto ad essi vi sono i “diritti di solidarietà” si ricomprendono tutte le pretese del soggetto a realizzare la propria personalità attraverso l’altrui cooperazione, ed essa afferisce ai seguenti valori fondamentali: eguaglianza, lavoro, retribuzione, e costituiscono i c.d. “diritti di seconda generazione”.¹⁸ Caratteristica di tali diritti è quella di considerare l’individuo non tanto nella sua individualità quanto quale soggetto facente parte la generalità dei consociati. Tra di essi si distinguono quelli che impongono obblighi anche tra privati ed altri, i c.d. “diritti di assistenza sociale” la cui attuazione è affidata quasi esclusivamente allo Stato o ad altri enti pubblici.

Vi sono poi i “diritti di terza generazione”, che si sviluppano nel contesto dell’evoluzione dei rapporti internazionali e che sono il risultato della forza espansiva dei diritti umani. In questa dimensione sovranazionale si staglia l’immagine di un generalizzato spirito di solidarietà tra popoli. Tra di essi vi è il diritto alla pace, allo sviluppo economico sociale, all’ambiente sano ed equilibrato. La protezione di tali diritti è affidata ad organizzazioni internazionali quali l’UNESCO ovvero l’ONU.¹⁹

Si è anche osservato che l’art. 2 Cost. potrebbe rappresentare una clausola aperta, suscettibile di essere continuamente riempita di nuovi diritti caratterizzati dall’invulnerabilità, anziché fornire una tipizzazione di essi. Ciò in quanto l’interprete si trova dapprima innanzi all’art. 2 Cost., formula genericamente ampia, e nelle successive disposizioni vede un’elencazione tipica di essi, quali la libertà personale (art. 13 Cost.), la libertà di domicilio (art. 14 Cost.), la libertà di segretezza e corrispondenza (art. 15 Cost.), il diritto di difesa (art. 24 Cost.). Di qui il successivo e logico interrogativo se l’art. 2 Cost. vada intesa come clausola riassuntiva dei successivi diritti tipicamente enumerati ovvero sia essa stessa fonte di “nuovi” diritti inviolabili.

Una prima tesi rinviene nella disposizione costituzionale una “clausola aperta”, che permette l’ingresso nell’ordinamento di nuovi diritti inviolabili e al tempo stesso

¹⁷ P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente italiana*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico della costituzione italiana*, Firenze, 1950, CXXXV.

¹⁸ A. SUPLOT, *Au – delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission européenne*. Paris, Flammarion, 1999, trad. it., a cura di E. MINGIONE, P. BARBIERI, *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003.

¹⁹ P. CENDON, *Trattato sui nuovi danni*, Padova, 2011, 13 e ss.

garantisce un costante adeguamento dell'ordinamento alle nascenti esigenze sociali, non potendosi *ex ante* escludere l'emersione di nuove prerogative sociali che necessitino di analoga protezione. Per tal via si consentirebbe di far vivere la c.d. "Costituzione materiale".²⁰ Tale meccanismo non è discrezionale ed arbitrario, ma, al contrario, nell'individuare via via i nuovi diritti inviolabili richiede che essi presentino i tratti caratteristici di quelli già tipizzati.²¹

Altra teoria ritiene invece che i diritti inviolabili costituiscano un *numerus clausus*, da rinvenirsi unicamente in quelli positivamente individuati nel testo costituzionale, senza la possibilità di coniarne di nuovi per il tramite dell'art. 2 Cost.²² Se in un primo tempo, sino al finire degli anni '80, era quest'ultima la tesi prevalente, a poco a poco la giurisprudenza ha abbracciato l'idea che l'art. 2 Cost. possa costituire un

²⁰ Espressione coniata da Costantino Mortati, il quale individua la costituzione quale "sorgente del diritto", da cui discendono le altre leggi. La stessa viene talvolta intesa in una prospettiva statica, che la "imprigiona" rendendola asettica al divenire ed al mutare sociale. Essa va intesa come "fonte dell'ordinamento statale" ma anche nel senso di garanzia costituzionale. Sul punto si veda anche P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente italiana*, cit. E ancora, si veda, id. *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir.*, 1931, 171 – 182. Si veda anche P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 160 e ss., secondo l'A. "i diritti proclamati inviolabili dalla disposizione suddetta sarebbero, quindi, in una prima approssimazione, quelli che la coscienza giuridica ha da tempo ormai saldamente acquisito come diritti dell'uomo senza i quali altre affermazioni come quelle sul principio della sovranità popolare o sulla democrazia [...] costituirebbero mere espressioni verbali prive di un effettivo e coerente significato". Più in particolare, "il rinvio di cui all'art. 2 Cost. non dovrebbe intendersi come fisso, ma mobile in senso unilaterale e garantistico; non chiuso e concluso in riferimento, cioè, ai soli diritti originariamente accolti nella Carta costituzionale, ma aperto anche agli altri che successive leggi costituzionali o di revisione costituzionale eventualmente introducano".

²¹ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino 1995, 3 e ss., secondo l'A. "il riconoscimento-garanzia globale dell'art. 2" avrebbe "per oggetto precisamente i diritti enucleabili dal contesto della Costituzione positiva". Nella stessa direzione A. SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti "fondamentali"*, in *I diritti fondamentali oggi, Atti del V Convegno dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Taormina*, 1990, Milano 1995, 235 ss. secondo il quale "quella dottrina che riconduce ogni 'nuovo diritto' agli art. 13 ss. Cost., spesso ricomprende tra i diritti espressamente enunciati tali e tante situazioni giuridiche soggettive che a malapena possono essere definite attive alterando in tal modo i valori effettivamente protetti dalla costituzione".

²² Sul punto si veda C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, II, 949, secondo il quale "si potrebbe interpretare l'art. 2 Cost. nel senso che si sia voluto affermare non già un diritto generale di libertà, ma piuttosto un principio che non si esaurisce interamente nelle singole fattispecie previste, e perciò consente all'interprete di desumerne dal sistema altre non contemplate specificamente". Si veda anche P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 56 e ss., secondo il quale "l'art. 2 non (aggiunge) nuove situazioni soggettive a quelle concretamente previste dalle successive particolari disposizioni, ma (potrebbe) riferirsi anche ad altre potenziali e suscettibili di essere tradotte in (nuove) situazioni giuridiche positive. L'art. 2 sotto il profilo qui considerato (andrebbe) inteso perciò come avente la sola – anche se fondamentale – funzione di conferire il crisma dell'invulnerabilità ai diritti menzionati in Costituzione: diritti peraltro da identificare [...] non solo in quelli dichiaratamente enunciati in Costituzione, ma anche in quelli ad essi conseguenti". Esso sarebbe "in una parola matrice e garante dei diritti di libertà, non fonte di altri diritti al di là di quelli contenuti in Costituzione".

catalogo “aperto”, per garantire una lettura evolutiva delle norme e dei valori costituzionali in materia di diritti inviolabili.²³

Ciò chiarito, come già anticipato, ad illuminare il concetto proprio di solidarietà espresso all’art. 2 contribuisce notevolmente il co. II dell’art. 41 prevedendo che “l’iniziativa privata non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. Tale ampia formulazione linguistica permette di ricomprendere gran parte delle ipotesi riconducibili all’art. 2, sì da permetterne una più ampia applicazione pratica del principio stesso. La solidarietà si specifica infatti con riferimento al momento del danno, ed è proprio a questo punto che opera il principio determinandone il *quantum* in relazione appunto ad un concetto solidaristico.

Quindi, da un lato il potere pubblico interviene per salvaguardare doveri giuridici e vincoli etici in una concezione solidale per così dire “statica”, dall’altro la solidarietà opera in senso dinamico coprendo ciò che il potere pubblico lascia scoperto e dunque relegato nella sfera del giuridicamente irrilevante, vale a dire una sfera dove operano quei comportamenti individuali o associati, spontanei e liberali, non frenati dalla minaccia di una sanzione giuridica o etica, ma tuttavia essenziali per la piena soddisfazione dei bisogni medesimi. Ne deriva che la solidarietà nell’ottica costituzionale, va ben oltre la tutela di ciò che è positivamente normato, in quanto è tanto necessaria quanto più tuteli ciò che altrimenti rimarrebbe “giuridicamente irrilevante”.

Tale concezione della solidarietà favorisce l’autonoma e spontanea iniziativa privata, svincolandola dall’ambito dei doveri giuridicamente sanzionati e coniugandola con quella dei diritti positivamente garantiti. Essa in qualche modo giustifica un ulteriore importantissimo principio che è quello di sussidiarietà che permea il *Welfare state*²⁴. Una volta dunque affermata la centralità della persona umana, non più

²³ A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, 1989 e ss., secondo il quale i diritti sono divenuti strumenti di realizzazione della persona umana, l’individuo, calato nel contesto sociale, si afferma come soggetto di relazione entro cui si svolge la sua personalità, si qui la scelta di individuare l’art. 2 Cost. come “catalogo” per selezionare i diritti inviolabili “atipici”.

²⁴ L. M. DIEZ PICADO, *Diritti sociali e federalismo*, in *Pol. dir.*, 1/99, 21 ss.; il quale scorge un’inevitabile inconciliabilità tra Stato sociale e federalismo, il che causa un’erosione del principio di uguaglianza ed un conseguente squilibrio nel godimento delle prestazioni, situazione rimediabile solo con il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni, ex art. 117 Cost. Il primo ambito giuridico di applicazione della concezione solidaristica è il diritto amministrativo, chiamato ad elaborare gli strumenti di applicazione delle prime assicurazioni sociali che proteggano dai rischi o dalle necessità della vita umana. Si veda sul punto: P. BALDWIN, *The Politics of Social Solidarity. Class Bases of the European Welfare State 1875-1975*, Cambridge, 1990, rist. 1999. Si veda anche L. M. DIEZ PICADO, *Diritti sociali e federalismo*, in *Pol.*

atomisticamente bensì relazionalmente, l'attenzione dell'ordinamento si è spostata dall'area del dover essere – positivamente giuridicizzato e sanzionato – a quella dell'essere, prima solo meritoriamente incoraggiata, ora anche costituzionalmente. Questo non è affatto un risultato scontato. Lo statuto Albertino del 1848 non considerava il principio di solidarietà, anche se non si può dire estraneo alle logiche ad esso sottese, tuttavia non è tale da incidere e conformare a sé l'organizzazione pubblica e privata dei nuovi assetti statali.

Diversamente, nella più solenne e precedente “Carta dei diritti francese” (Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino) si afferma che “gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti” (art. 1), che “questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza, e la resistenza all'oppressione” (art. 2), ma alcun cenno è fatto alla problematica delle disuguaglianze sociali. Tale silenzio è stato variamente interpretato. In particolare, si è sostenuta la funzione sociale esercitata dalla dichiarazione di “eguaglianza nei diritti”, proclamata dalla Carta del 1789 che sancisce tanto il diritto dei cittadini di partecipare ai vantaggi offerti dalla società, quanto il compito dello stato di provvedervi.

È in tale contesto che la solidarietà riceve i tratti che la caratterizzeranno nel suo successivo sviluppo nel panorama francese: sul piano orizzontale è ricondotta ai doveri, in un primo momento solo morali, su quello verticale involge il rapporto tra l'individuo e lo Stato, inizialmente privo dell'intermediazione delle formazioni sociali. È solo con l'ultima Costituzione del 1795 che si introduce nell'esperienza francese la categoria dei doveri, i quali si collocano in una prospettiva etica incentrata sull'auto-responsabilità del singolo che lo colloca in una posizione di solitaria soggezione rispetto al potere statale. È solo con la Costituzione repubblicana francese del 1948 che espressamente si fa riferimento alla fraternità.

L'esperienza francese indubbiamente condiziona anche il panorama costituzionale italiano ma più in generale europeo, in due dimensioni: sul piano verticale viene dettagliato il catalogo dei doveri, mentre sul piano orizzontale si dà seguito al processo di giuridicizzazione della fraternità in solidarietà, attribuendo alle istituzioni pubbliche il compito di azionare politiche sociali a livello prima legislativo e poi costituzionale. Per il resto il principio solidaristico rimane pressoché giuridicamente ignorato in questo momento, con la conseguenza che rimane irrilevante per lo stato la circostanza che la

dir., 1/99, 21 ss; il quale scorge un'inevitabile inconciliabilità tra Stato sociale e federalismo, il che causa un'erosione del principio di uguaglianza ed un conseguente squilibrio nel godimento delle prestazioni, situazione rimediabile solo con il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni, *ex art.* 117 Cost.

funzione di protezione degli individui sia assunta da istituzioni non pubbliche (famiglia, organizzazione private o religiose).²⁵

A differenza dello Statuto Albertino, la Costituzione repubblicana riconosce il principio di solidarietà quale valore fondante dell'ordinamento giuridico. Essa si pone in netta rottura tanto con la tradizione illuministica rappresentata dalla Dichiarazione francese del 1789, quanto con la tradizione hegeliana rappresentata dai modelli dello stato etico e totalitario realizzati soprattutto in Italia ed in Germania. Il nuovo sistema costituzionale presuppone infatti che la persona umana preceda lo stato, e che questo sia posto al servizio di quella. Per tal via la solidarietà riesce a connotarsi autonomamente affrancandosi dal ruolo subalterno e meramente compensativo tra libertà ed eguaglianza prima ricoperto.

È così che la Costituzione italiana riprende e sviluppa la duplice articolazione storica del principio di solidarietà. Il principio che come detto è sancito all'art. 2, affianca il riconoscimento e la garanzia dei “diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità” alla richiesta dell'adempimento “dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”. Ecco che la solidarietà è posta nella prospettiva personalista e relazionale propria della Costituzione²⁶.

Questa dinamica è poi approfondita dall'art. 3 co. II Cost. che prescrive il compito della Repubblica di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese”. Ecco che la solidarietà dovrebbe valere a garantire uguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali. Essa evoca il problema dei margini di differenziazioni “tollerabili” entro i confini della comunità dei solidali. Proprio grazie alla connessione tra art. 2 ed art. 3 della Cost., emerge il concetto di solidarietà come “tolleranza”, che nel caso specifico si risolve nella “tolleranza della

²⁵ B. DE MARIA, *Etica Repubblicana e Costituzione dei doveri*, Napoli, 2013, 56 e ss.; si veda anche G. ALPA, voce *Solidarietà*, cit. 1994, 365. L'Autore considera come la solidarietà dovrebbe essere uno strumento di integrazione sociale ed un correttivo ad un esasperato individualismo dei diritti. I doveri di solidarietà sono il fondamento di una civile convivenza ispirata ai valori della libertà individuale e della giustizia sociale, ecco perché essa può facilmente considerarsi un valore fondante dell'ordinamento giuridico, promuovendo la coesione sociale di una società frammentata.

²⁶ La solidarietà, invero, nella sua dimensione relazionale, è posta tra i valori fondanti della nostra Costituzione, ed assieme ai diritti inviolabili dell'uomo, è alla base di tutte le relazioni sociali, nonché della stessa convivenza sociale. Sul punto si veda v. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 00 del 2 luglio 2010.

diversità di trattamento”, in generale si riferisce invece ad un generico dovere di “tollerare solidaristicamente” situazioni potenzialmente pregiudizievoli in ragione di superiori interessi.

Come si vedrà nel prosieguo dell’analisi, è proprio questa accezione di solidarietà che sta avendo un forte impatto nel sistema della responsabilità civile, imponendo doveri di tolleranza atipici, e, talvolta, non realmente giustificati, ancorché oggetto di bilanciamento con altri valori del pari costituzionalmente tutelati. Si evidenzia dunque una triplice direzione dei doveri di solidarietà: politica, economica e sociale tale per cui la stessa è indispensabile per il conseguimento degli obiettivi di sviluppo della persona e di piena integrazione sociale dei cittadini.²⁷

Si può allora comprendere come la già descritta articolazione del principio solidaristico (verticale e orizzontale) venga ora integrata dalla centralità della persona umana la quale fa sì che la solidarietà orizzontale venga intesa come “doverosa” e quella verticale come “pubblica o paterna”, soprattutto a fronte della positivizzazione del principio di sussidiarietà.

Sulla dimensione verticale essa si manifesta in senso discendente, dispiegandosi nei rapporti etico sociali ed altresì economici, permettendo di rimuovere gli ostacoli impeditivi del pieno sviluppo della persona umana. Essa funge da garanzia che l’operare della Pubblica Amministrazione segua un modello neutrale e precostituito, informato all’imparzialità, all’efficacia e all’efficienza, in modo tale da garantire a tutti i servizi essenziali, rispettando così il principio di uguaglianza sostanziale.

L’art. 2 Cost., si avrà modo di vedere, esplica la sua portata anche all’interno del panorama amministrativo, soprattutto per quel che concerne la responsabilità della p.a. per l’emanazione di un provvedimento amministrativo illegittimo e, talvolta, il concorso di colpa del danneggiato, che, *ex art. 1227 c.c.* omette di attivare gli strumenti in sua tutela al fine di limitarne i danni.

Sulla dimensione orizzontale il principio solidaristico si manifesta sia in senso ascendente (dal singolo verso la Repubblica), sia in senso cooperativo, da parte dei cittadini nell’adempimento dei propri *doveri* di solidarietà, sia nell’esercizio dei propri *diritti* di solidarietà.²⁸

²⁷ In senso critico, si veda: G. ALPA, *La solidarietà*, cit., 365: l’A. si chiede se “la solidarietà è giunta alla fine della sua parabola” dopo avere portato a siffatti sviluppi, si chiede se sia ancora attuale ed abbia ancora “linfa vitale”. Si veda anche sul punto F. POLACCHINI, *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 227 e ss.;

²⁸ G.M. SALERNO, Art. 54, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, 2006, 1075 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia*

Per vero, la finalità di integrazione sociale cui obbedisce la previsione dell'eguaglianza sostanziale, ne rivela il suo carattere dinamico. Quando infatti l'ordinamento accostava al principio di libertà solo quello di eguaglianza formale, ignorando la concreta incidenza che assumevano i rapporti sociali, causava una serie di diseguaglianze di fatto, costituenti altrettanti ostacoli all'effettivo godimento delle libertà astrattamente riconosciute a tutti. Considerando invece, per il tramite della solidarietà, l'aspetto "sociale" dell'eguaglianza, si pongono le basi per l'eliminazione degli svantaggi rispetto a situazioni acquisite che potrebbero rappresentare un ostacolo al libero svolgimento della personalità altrui.

È dunque evidente che, accanto ad una concezione formale e sostanziale del principio di eguaglianza, vi è parimenti, una concezione "solidale" dello stesso, necessaria affinché possa effettivamente esplicarsi quell'eguaglianza ricercata all'art. 3 Cost. Ciò in quanto, ogni risultato raggiunto dal singolo può contemporaneamente impedire la parità sostanziale nelle successive manifestazioni della personalità degli altri, tese al raggiungimento di ulteriori scopi. Ne deriva un carattere "dialettico" dell'eguaglianza.²⁹

La solidarietà risulta poi tradotta nell'affermazione dei c.d. diritti sociali, ossia nei diritti inviolabili dell'uomo e postula l'individuazione di un corredo di situazioni costituenti le precondizioni affinché ciascuno possa realizzare sé stesso, accedendo, in parità di posizioni di partenza ad ogni opportunità di esplicazione della personalità individuale.³⁰ Su queste basi la dottrina ha collegato al concetto di inviolabilità non solo i diritti civili e politici ma anche tutte quelle situazioni giuridiche strumentali che possono dirsi riconducibili ai "diritti sociali", che costituiscono un'evidente manifestazione dell'istanza solidaristica. Ecco che la tensione egalitaria e solidaristica si traduce tanto in situazioni giuridiche soggettive immediatamente azionabili, quanto in

costituzionale, Bologna, 2008, A. BARBERA, Art. 2, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.

²⁹ C. ROSSANO, *Problemi di struttura dello stato sociale contemporaneo*, Napoli, 1978, 41 e ss.

³⁰ L'idea si rinviene soprattutto scorgendo la dimensione sovranazionale, sul punto si veda r. Del punta, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carte di Nizza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2001, 434 e ss. In particolare, la portata innovativa della Carta è stata individuata soprattutto nel pieno riconoscimento dei diritti economici e sociali della persona, che si collocano su un piano di parità con i diritti civili e politici. P. CHIARELLA, *Solidarietà e diritti sociali. Aspetti di filosofia del diritto e prassi normative*, Padova, 2017, 25 e ss., l'A. evidenzia bene il collegamento tra dovere di solidarietà e l'emersione dei nuovi diritti sociali, ricordando come l'affermazione dello Stato sociale rappresenta una delle più felici conquiste del post – illuminismo. Per un approfondimento comparato si veda M. C. SALCEDO BELTRAN, *Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales*. (A propósito de la STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13), in *Rev. De derecho social*, n. 67, 2014, 135 e ss.

posizioni condizionate alla predisposizione di adeguati presupposti istituzionali di natura organizzativa e finanziaria, quanto inoltre in obiettivi e programmi cui inderogabilmente deve tendere l'intero assetto della convivenza organizzata.³¹

Sotto un primo profilo, la Carta compie un'equiparazione tra diritti civili e politici e diritti sociali, atteso che entrambi rappresentano principi di valore che valgono a rafforzare la legalità sociale che caratterizza il patto di convivenza. Mentre infatti nello stato borghese si rivolgeva l'attenzione alla dimensione individuale dell'individuo – proprietario, e di conseguenza si tutelavano solo i diritti e le libertà “individuali”, nello stato sociale il riferimento alla persona intesa come essere libero ma anche responsabile nei confronti dell'altro, richiede la necessaria proiezione solidaristica in vista della concreta possibilità che tutti partecipino ai benefici della vita associata. Ecco dunque che i diritti espressione del principio costituzionale sociale – solidarista, integrano gli originari diritti di libertà, e dunque non vi si pongono affatto in contrasto. Cade pertanto la storica e presunta contrapposizione tra la natura dei diritti di libertà e quella dei diritti sociali che sottendeva la diversa ricostruzione dei primi come obblighi di astensione, e dei secondi come doveri di prestazione positive dei pubblici poteri.

Nella dimensione economica, la solidarietà costituzionale può trovare il proprio significato solo in relazione alla possibilità di modificare le condizioni di redistribuzione degli utili e del reddito. Talvolta la solidarietà limita l'esercizio delle libertà economiche. Fornendo servizi sanitari, scolastici, di trasporto per soddisfare direttamente i diritti sociali, lo Stato può agire all'esterno del mercato o alterando il mercato.³² Si consideri ad esempio le forme di privilegio tributario accordate ad imprese no profit che dispensano servizi sociali. Di qui l'idea che in nome della solidarietà il soggetto debba tollerare una parziale limitazione dei propri diritti, quale ad esempio quella di iniziativa economica *ex art. 41 Cost.* Lo Stato infatti inserendosi nel mercato può rischiare di alterare la concorrenza, ma ciò nonostante il suo intervento si rivela necessario al fine di garantire una serie di diritti sociali che altrimenti rischierebbero di rimanere appannaggio di solo una parte di soggetti. Di qui la necessità di affidare

³¹ Si veda sul punto S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, 262 e ss., il quale sottolinea e si sofferma sull'ascesa ed il declino dell'armonizzazione nel progresso, M. A. CABIDDU, *I servizi pubblici tra organizzazione amministrativa e principi costituzionali*, in AA. VV. *Servizi pubblici, concorrenza e diritto*, Milano, 2001, 24 e ss., ove si pone in risalto il legame tra solidarietà ed uguaglianza nei servizi pubblici.

³² Per un approfondimento comparato in merito all'applicabilità diretta della Carta sociale europea si veda M. C. SALCEDO BELTRAN, *La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales*, in *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 13, 2016, 27 e ss.

tramite gara determinati servizi sociali che di fatto, al fine di garantire a monte una concorrenza che poi non si potrà più esplicitare.

Del resto, il dovere di limitare in qualche modo i propri diritti in ragione di interessi altrui è insito nello stesso concetto di correttezza e buona fede che permea le relazioni contrattuali. Sin dagli anni '90, la Corte di Cassazione (Cass. Civ., 5 novembre 1990 n. 12310) ha connaturato il principio di correttezza e buona fede di una dimensione solidaristica, predicando che esse operano “*come un criterio di reciprocità che, nel nuovo quadro dei valori introdotti dalla carta Costituzionale, costituisce specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall’art. 2 Cost. [...], la sua rilevanza si esplica nell’imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali, o da quanto espressamente stabilito da singole norme di legge*”.

La solidarietà è poi sottesa anche all’art. 42 Cost. che nel configurare un concetto di proprietà privata lo tratteggia come una sorta di concetto giuridico non del tutto predeterminato, che deve cioè essere colmato alla luce di un principio solidaristico che ne impone una “funzione sociale”.³³ Questa è un’idea che risente senz’altro di varie matrici culturali che vanno dal comunitarismo cattolico alla socialdemocrazia di Weimar, con alcuni spunti provenienti dagli orientamenti solidaristici dell’ordinamento corporativo. La funzione sociale permeata dunque dello spirito solidaristico postula la necessità di non esercitare il proprio diritto in modo egoistico, ossia di esercitarlo senza comportare un eccessivo sacrificio all’interesse altrui, in ossequio al dovere di solidarietà sociale. Di talché la funzione sociale limita il diritto del proprietario “dall’interno”, quale limite intrinseco all’esercizio dello stesso. Di qui l’idea che il

³³ A. RODOTÀ, *Commento all’art. 42*, in *Rapp. econ., Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1982, e ora in A. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990, 273 e ss.; S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986. A tal riguardo si consideri tutto il dibattito in merito al potere espropriativo della p.a., in relazione al quale, per effetto dell’art. 42 Cost. il diritto di proprietà sarebbe *ab origine* limitato dall’interno, proprio a causa della funzione sociale che esso dovrebbe svolgere. Questo condiziona tutto il dibattito in merito all’indennità di esproprio che il destinatario del provvedimento espropriativo ha diritto a conseguire per effetto della perdita della proprietà. Se infatti la proprietà deve svolgere siffatta funzione sociale, sono più larghe le maglie entro le quali viene ammessa l’espropriazione, proprio in ragione dei superiori interessi che essa è chiamata a svolgere. Sarà solo con l’avvento della CEDU, ed in particolare con la sua considerazione del diritto di proprietà quale diritto fondamentale (impostazione non condivisa nel panorama italiano), che tali maglie si restringeranno, comportando la bocciatura tanto dell’espropriazione acquisitiva quanto di quella usurpativa.

diritto, ancorché accordato al singolo, possa ciò nondimeno vedersi limitato in ragioni di superiori interessi.

Il sistema di solidarietà è poi un sistema complesso, costituito da una rete di sottosistemi, in relazione a ciascuno dei quali bisogna chiedersi quale sia la comunità tenuta alle prestazioni ed in favore di chi. Quanto alle prestazioni dovute, l'art. 53 (connesso appunto all'art. 2 Cost.) pone il canone per determinare la misura individuale della responsabilità delle prestazioni di solidarietà: esso commisura l'obbligo di concorrere alle spese pubbliche secondo i criteri di proporzionalità e progressività. Ecco che la lealtà fiscale è la base e la misura per la concreta attuazione dei doveri di solidarietà, affinché lo Stato offra i mezzi per predisporre soluzioni non legate alle mutevoli disponibilità del singolo.

La solidarietà diviene così un'entità intermedia tra un valore pre-giuridico ed un principio normativo, fondamentale dotato di un raggio di azione tendenzialmente illimitato ma condizionato dall'introduzione di specifiche ed ulteriori previsioni normative al fine di attuarlo, nonché strumento per affinamenti nell'interpretazione delle norme costituzionali. Esso configura altresì un'evoluzione del modo di intendere la cittadinanza rendendo ciascuno potenzialmente responsabile della soddisfazione dei bisogni altrui. Di qui la concezione della solidarietà nelle varie e recenti applicazioni giurisprudenziali, come dovere di considerare l'interesse altrui nel preteso soddisfacimento dei propri diritti, che pertanto non può avvenire in modo egoistico, ma al contrario, secondo un dovere di reciproca valutazione dei contrapposti interessi. Ciò porterà ad accostare il principio di creazione giurisprudenziale, ispirato dal panorama francese dell'abuso del diritto non più eminentemente all'art. 833 c.c., bensì direttamente all'art. 2 Cost., con conseguente irrilevanza dell'atteggiamento soggettivo doloso e del pari con ampliamento della sua applicazione al di là dei più ristretti limiti del divieto di atti emulativi.³⁴

Volgendo lo sguardo al panorama sovranazionale essa compare, almeno implicitamente, nella Dichiarazione Universale del 1948, precisamente tra i diritti individuali (alla sicurezza sociale, al tenore di vita sufficiente, alla sicurezza in caso di perdita di mezzi di sussistenza). Essa viene dunque definita come un credito dell'individuo nei confronti della società, invero rappresenta al contempo un debito. Vi è infatti il dovere di contribuire alla solidarietà attraverso il pagamento di contributi

³⁴ F. PEDRINI, *Clausole generali e costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 285, 286; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*. cit., 15 e ss.; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?* in *Contratto e impresa*, 2011, 311 e ss.;

obbligatori. Si passa così da una solidarietà di tipo personale, ad una di tipo istituzionale.

Il concetto stesso deriva dal diritto civile, appunto, di obbligazione solidale, che permette di concepire un rapporto di obbligazione collettiva (collettività di debitori e creditori) non fondato sul consenso individuale oppure su un legame familiare o comunitario.³⁵ Anziché dunque continuare a designare un legame di diritto che unisce direttamente creditori e debitori, esso è divenuto il principio organizzativo di un nuovo genere di istituzioni, accomunate dal fatto di essere titolari di un credito contributivo e, parimenti, di un debito di prestazione. È proprio per questo che essa può estendersi ad un intero paese, attraverso i regimi nazionali di previdenza sociale o i servizi pubblici.

Questa diffusione all'interno dello Stato sociale, rende la solidarietà anonima, e questo rappresenta un punto di forza e assieme di debolezza. Di forza in quanto affranca gli individui dai legami di sudditanza personale, determinando parallelamente una mobilitazione di risorse considerevoli ed un'elevata mutualizzazione dei rischi. Di debolezza in quanto l'anonimato, cancellando ogni legame diretto tra le persone a favore di un confronto individuale con un'entità impersonale, porta ad alimentare l'individualismo.

Ulteriore punto di debolezza è dato dal fatto che questi sistemi di solidarietà riescono a svilupparsi solo qualora lo stato se ne faccia garante o provveda a gestirli direttamente. Sarebbe allora opportuno, osserva il Professor Alain Supiot, far discendere dal principio di solidarietà nuove implicazioni, facendo evolvere l'interpretazione dei diritti economici e sociali in una direzione che tenga conto del nuovo regime giuridico degli scambi globali.³⁶ In Europa è infatti in corso un duplice processo di riaffermazione

³⁵ Per un'evoluzione sul concetto di "solidarietà" nell'obbligazione solidale si veda: E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, 11 e ss.; P. BONFANTE, *Obbligazioni comunione e possesso, Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, 214 che evidenzia come l'espressione *in solidum* "nel linguaggio e nel diritto moderno ha assunto, in conseguenza di una nuova funzione e quindi della modificata struttura della correalità, il significato di una garanzia reciproca con una intonazione etica e ideale, per cui la solidarietà è divenuta la parola d'ordine della vita moderna". Per il diritto romano, invece, essa significa soltanto che ciascuno tra più obbligati ad una stessa prestazione deve l'intero e ciascuno tra più creditori ha diritto di esigere l'intero. Sul concetto di solidarietà in particolare si veda M.C. BLAIS, *La solidarietà: storia di un'idea*, a cura di B. MAGNI, Milano, 2012. Si veda anche M. ORLANDI, *Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza delle prestazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 179 ss.

³⁶ A. SUPIOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 1 ed. 2005, coll. "la couleur des idées", 241 e ss. Sul punto, in particolare in merito all'evoluzione dei diritti sociali si veda M. C. SALCEDO BELTRAN, *Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos jurisdiccionales*. In *El Laboralista*, 2014, 1 e ss.

e reinterpretazione del principio di solidarietà. Anche la Carta Europea dei diritti fondamentali ha a sua volta riconosciuto il principio di solidarietà, dandogli una nuova estensione.

1.3. La solidarietà nella dimensione sovranazionale. Le fonti europee e la CEDU.

Nella dimensione sovranazionale la solidarietà gode di un intero titolo, il IV, all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'unione Europea.³⁷ Essa detta un elenco esteso ed eterogeneo di tutele espresse però nella forma unilaterale del riconoscimento dei diritti, sanciti agli artt. 27-38. Si fa menzione del diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27), si prevede poi il diritto di negoziazione e di azioni collettive (art. 28), il diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. 29), la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30), si richiedono condizioni di giuste ed eque (art. 31), si fa espresso divieto del minorile e si proclama la protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32), si garantisce la protezione della famiglia sul piano economico, giuridico e sociale (art. 33), si contempla la sicurezza sociale e l'assistenza sociale (art. 34), si menziona la protezione della salute prevedendo che ogni persona ha diritto di accedere alla prevenzione sanitaria (art. 35), l'accesso ai servizi di interesse economico generale (art. 36), la tutela dell'ambiente nell'ottica dello sviluppo sostenibile (art. 37), ed infine la protezione elevata dei consumatori (art. 38).

Vi sarebbe in chiave storica un nesso di continuità costituzionale che dalla rivoluzione francese – con il principio di fraternità – perviene all'inclusione dei diritti sociali nella Carta di Nizza e poi del Trattato di Lisbona del 2007 il quale rappresenta, secondo autorevole dottrina (Rodotà), il coronamento del processo di costituzionalizzazione del principio solidaristico nello spazio giuridico europeo. Ciò ha segnato l'esito di un movimento di affrancazione delle masse popolari che si stabilizza nel secondo dopoguerra in Europa con il radicamento del vincolo solidaristico nello spazio giuridico europeo.³⁸

³⁷ M. C. SALCEDO BELTRAN, *La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales*, in *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 13, 2016, 27-52; J. SHAV, *Citizenship, Migration and Free Movement in Brexit Britain*, in *German Law Journal*, Vol. 17—Brexit Supplement (1° luglio 2016), 102; V. J.-V. LOUIS, *Solidarité budgétaire et financière dans l'Union européenne*, in C. BOUTAYEB (cur.), *La solidarité dans l'Union européenne*, Paris 2011, 107 ss., richiamato da S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, vol. 43, n. 4/2012, 546 e ss.

³⁸ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, vol. 62, n. 1, 2016, 154-159, secondo cui la solidarietà va ripensata nell'ambito di una dimensione europea, l'unico possibile per evitare di alimentare la frammentazione sociale generale. Oggi, in modo semplicistico, si riconduce la solidarietà

Ad onor del vero, il principio di solidarietà aveva un ruolo fondamentale anche all'interno del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, progetto poi abbandonato per decisione del Consiglio Europeo nel giugno 2007 a causa degli ostacoli alla ratifica. Nell'ambito di tale progetto la solidarietà costituiva uno dei valori che caratterizzano le società degli Stati membri, con due implicazioni pratiche: il loro rispetto avrebbe costituito condizione preliminare ai fini dell'adesione di nuovi Stati all'Unione, ed inoltre la loro violazione avrebbe potuto comportare la sospensione dei diritti di appartenenza all'Unione per gli Stati membri. Il principio in parola veniva poi espressamente menzionato tra gli obiettivi di questa, quali ad esempio la solidarietà tra generazioni e la promozione della solidarietà tra gli Stati membri.³⁹

Ciò premesso, è necessario preliminarmente analizzare il ruolo della CEDU nell'ordinamento interno, al fine di comprendere come un principio sovranazionale possa influenzare l'assetto normativo interno al nostro sistema.

Si evidenzia che essa si pone in un rango diverso rispetto al diritto dell'Unione Europea, il quale ha effetti immediatamente vincolanti per il giudice a quo, tenuto a disapplicare, senza passare per la questione di legittimità costituzionale, una norma interna in contrasto con il diritto unionale. La CEDU, diversamente, trova la propria base giuridica in una norma costituzionale che è l'art. 3 Cost. ossia nel principio di ragionevolezza, oltre che nell'art. 117 Cost., ma si pone "unicamente" quale parametro di legittimità costituzionale interposto. Ne deriva che una norma interna in contrasto con un principio della Carta non potrà essere immediatamente disapplicata dal giudice, secondo un sindacato diffuso, ma questi, al contrario, dovrà dapprima tentare "un'interpretazione convenzionalmente orientata", di modo tale da adeguare la norma interna al principio sovranazionale, e, nel caso ciò non sia possibile, sollevare questione di legittimità costituzionale. Il sindacato è in questo caso accentrato, non già decentrato come avviene per la violazione del diritto dell'Unione Europea, di talché il monopolio dell'interpretazione spetta alla Corte Costituzionale, la quale essa sola può interpretare una norma di legge interna in modo conforme alla CEDU. Nel fare ciò, è certamente illuminata dall'interpretazione che del principio CEDU ne ha fatto la Corte di Giustizia,

allo Stato Sociale, al Welfare. In coincidenza con la crisi economica e con la scarsità di risorse si mette così "in discussione il carattere proprio dello Stato costituzionale come luogo di complessivo riconoscimento di diritti fondamentali tra loro indivisibili".

³⁹ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa, i modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 7 e ss., secondo il quale, guardando alla dimensione sovranazionale nel corso degli ultimi anni vi è stata una trasformazione degli stati di Welfare dovuta al processo di globalizzazione economico – commerciale che ha creato un unico mercato a livello mondiale; S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro, solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma – Bari, 2013, 29 e ss.;

ma conserva un “margine di apprezzamento” rispetto a quest’ultima che le permette di vagliare l’ingresso di un principio sovranazionale qualora esso si ponga in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione. Ciò è ben riassunto nella nota dottrina dei c.d. “controlimiti” che prevede la tenuta dei principi costituzionali fondamentali interni all’ordinamento ancorché in contrasto con i principi CEDU. Si evidenzia infatti che per effetto del Trattato di Lisbona, ad essere stata “comunitarizzata” è la sola Carta di Nizza, non già la CEDU. È infatti solo la prima che è entrata a far parte del diritto dell’Unione Europea con il conseguente operare di un vaglio di conformità caratterizzato da un sindacato diffuso che vede l’obbligo di disapplicazione immediata da parte del *giudice a quo* in ragione dell’assoluta primazia del diritto unionale. Di talché la CEDU ha un rango inferiore rispetto ad esso, è cioè superiore alla legge ordinaria, ma sotto-ordinata rispetto ai principi fondamentali della Carta Costituzionale, che fungono, per l’appunto da controlimiti interni.

Per favorire il dialogo tra le due Corti, l’11 dicembre 2016 a Strasburgo il Presidente della Corte Europea dei diritti dell’uomo, Guido Raimondi, ed il Primo Presidente della Corte di Cassazione italiana, Giorgio Santacroce, hanno stipulato un Protocollo d’intesa (Protocollo 16) al fine di rafforzare ed alimentare il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Cassazione Italiana e migliorare, per l’effetto, la tutela dei diritti umani. In tal modo l’Italia ha avuto la possibilità di manifestare la volontà di prendere parte alla rete delle Corti supreme nazionali che permetterà uno scambio reciproco di giurisprudenza tra la Corte Europea e le Corti nazionali. Tuttavia, il Protocollo 16 non ha ancora raggiunto il numero necessario di ratifiche per l’entrata in vigore.

Il principio solidaristico è posto alla base poi della necessità di istaurare una comunicazione effettiva tra gli Stati membri ma anche con le associazioni e le fondazioni di solidarietà, al fine di poter realizzare gli scopi, non solo sociali, dell’Unione.

Si può sostenere (Rodotà), che nella costituzione degli stati democratici e tramite essa si è concretata la trasformazione della solidarietà da forza politica sociale a forza giuridica “pro attiva” nel senso che, per la sua attuazione, vede in prima linea l’interpretazione del diritto. Ecco che in questo approccio universalistico, la solidarietà intesa come vincolo per la società civile democratica, è un fenomeno che non può - ed in effetti non rimane - confinato unicamente all’interno dimensione pubblica. Essa,

come detto, penetra non solo nella società civile, ma anche nella dimensione Europea per mezzo della sua piena costituzionalizzazione avvenuta con il Trattato di Lisbona.

La solidarietà rappresenta poi un correttivo intrinseco ai diritti di proprietà e di impresa ed essa appare quale antidoto giuridico alla logica del profitto,⁴⁰ per conseguenza, tratteggia l'immagine di un individuo solidale in contrapposizione all'immagine dell'individualismo proprietario. Del resto, lo stesso sistema di protezione giudiziaria della CEDU si basa sul principio di solidarietà e su quello di sussidiarietà.

L'analisi della solidarietà nella dimensione sovranazionale non può esimersi dal vagliare le importanti implicazioni che la CEDU ha determinato nel considerare la proprietà quale diritto fondamentale per effetto dell'art. 1 Protocollo 1 allegato ad essa, che ha il chiaro scopo di tutelare la proprietà da indebite ingerenze da parte dei pubblici poteri. Come si avrà modo di osservare nel prosieguo della trattazione, la proprietà per il nostro ordinamento non è annoverata tra i diritti fondamentali, ma essa rappresenta in quanto diritto reale, un diritto assoluto, che può essere fatto valere *erga omnes*. Tuttavia, il fatto di non essere considerato alla stregua dell'art. 2 Cost., come invece predicherebbe la CEDU, ha importanti implicazioni per quel che riguarda il contenuto dello stesso.⁴¹ Se così è, infatti, il diritto di proprietà lungi dall'essere un diritto fondamentale e dunque, *ex art. 2 Cost.*, insuscettibile di compressione, risponde e si sottomette a quella "funzione sociale" che esso riveste per l'ordinamento interno. Ciò legittima forme di compressione incisive dello stesso per il tramite dell'istituto dell'espropriazione che vede presupposti molto più ampi (si consideri l'occupazione espropriativa) rispetto a quelli che si avrebbero ove la si considerasse un diritto fondamentale.

Del resto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in assenza di un catalogo chiuso o semi chiuso dei diritti fondamentali, è certo legittimata ad includervi il diritto

⁴⁰ S. RODOTÀ, *La solidarietà*, cit.

⁴¹ F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 379 e ss.; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1252 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969. Secondo l'autore, a proposito del rapporto con la proprietà, l'art. 2 della Costituzione afferma "la necessità di un agire corretto in base alla solidarietà", ed egli rinvia, per la più puntuale comprensione del suo significato agli artt. 36, 37 e 41; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965, secondo cui la funzione sociale consente "la possibilità [...] del comportamento del proprietario si arresti al limite della anti-socialità". Per un confronto di posizioni si veda anche: A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117 co. 1 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3574 e ss.; N. CENTOFANTI, *I vincoli alla proprietà privata. Fonti, disciplina, indennità, tutela giurisdizionale*, Torino, 2005, 25 e ss.; M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 51 e ss.;

di proprietà. Ecco che capire il ruolo della CEDU per l'ordinamento interno è fondamentale per comprendere se tale indirizzo sovranazionale possa incidere su taluni istituti di diritto nazionale quale l'espropriazione per pubblica utilità. Se così è, la "funzione sociale della proprietà" permette di espropriare con presupposti molto più flebili rispetto a quelli che invece dovrebbero operare in presenza di un diritto fondamentale tutelato *ex art. 2 e 117 Cost.* Per vero, i casi più frequenti in cui il diritto di proprietà viene preso in considerazione dalla Corte di Giustizia non riguardano tanto la materia espropriativa, bensì il diritto di proprietà in relazione alla libertà di iniziativa economica, al fine di valutare quanto il primo possa essere compresso in ragione del permettere il concreto esercizio del secondo. La questione sarà oggetto di approfondita analisi nel prosieguo.

Per quel che invece concerne il diritto dell'Unione Europea il principio di solidarietà è volto a garantire il benessere della Comunità mediante l'adempimento degli obblighi di ordine politico, economico e sociale. Lo stesso Trattato di Lisbona, nel modificare il Trattato Istitutivo CE, che oggi è denominato Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ha inserito un'esplicita clausola di solidarietà, all'art. 222. Essa dispone che gli stati membri devono agire solidaristicamente qualora uno di essi sia colpito da un attacco terroristico sul suo territorio o sia vittima di una calamità naturale. In questi casi l'UE assicura il proprio ausilio mediante tutti i mezzi a disposizione, anche militari, qualora lo stato ne faccia richiesta. Le modalità per attuare tale clausola di solidarietà sono decise dal Consiglio a maggioranza qualificata. Senza voler entrare troppo nel dettaglio della questione, l'art. 222 TFUE prevede la possibilità per l'UE e per i paesi membri, di agire congiuntamente, di prevenire la minaccia terroristica sul territorio di un paese dell'UE nonché di fornire assistenza ad un paese vittima di attacco terroristico o calamità naturale.⁴²

⁴² L'art. 222 TFUE statuisce al riguardo: "L'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. L'Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri, per: a) prevenire la minaccia terroristica sul territorio degli Stati membri; – proteggere le istituzioni democratiche e la popolazione civile da un eventuale attacco terroristico; – prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche, in caso di attacco terroristico; b) prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche, in caso di calamità naturale o provocata dall'uomo. 2. Se uno Stato membro subisce un attacco terroristico o è vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo, gli altri Stati membri, su richiesta delle sue autorità politiche, gli prestano assistenza. A tal fine gli Stati membri si coordinano in sede di Consiglio. 3.

Le modalità di attuazione della presente clausola di solidarietà da parte dell'Unione sono definite da una decisione adottata dal Consiglio, su proposta congiunta della Commissione e dell'alto rappresentante

La clausola di solidarietà è dunque volta ad assicurare che tutti gli stati collaborino assieme in modo tale da rispondere rapidamente ed in modo efficace a tali eventi drammatici. È stato peraltro creato nel 2002 il Fondo di solidarietà dell'Unione Europea il quale finanzia operazioni in materia di protezione civile. Tutto ciò deve chiaramente avvenire nel rispetto del principio di sussidiarietà, nel senso che l'Unione Europea può intervenire solo in circostanze eccezionali e su richiesta delle autorità politiche nazionali. Il 24.06.2014 vi è stata un'importante Decisione del Consiglio relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione, della clausola di solidarietà⁴³. Una clausola simile è inserita anche nell'art. 42 par. 7 TUE il quale postula una "clausola di mutua assistenza".⁴⁴

Per vero, la solidarietà nella dimensione del diritto dell'Unione Europea è un elemento costante ed esso assume ruoli diversi in campi diversi, può avere talvolta funzioni costituzionali ed istituzionali, altre volte carattere più sostanziale. Di solidarietà si parla infatti anche all'art. 80 del TFUE per quel che concerne il controllo alle frontiere, al diritto di asilo e all'immigrazione. In questo caso essa assume un ruolo istituzionale, poiché proclama la solidarietà tra l'Unione Europea e gli stati membri al fine di consentire a tutti di realizzare gli obiettivi del Trattato. Nello specifico, l'art. 80 si accosta la solidarietà all'equa ripartizione delle responsabilità.

Nel complesso, la solidarietà nella dimensione sovranazionale vede al suo interno, come poc'anzi accennato, diritti quali la salute, l'ambiente, l'accesso ai servizi economici generali, la tutela del consumatore, in modo tale da sottrarli ad un'impostazione tutta economicistica che rischia di comprimerla. Del resto, avere dedicato un vero e proprio titolo alla solidarietà rappresenta una novità rispetto ai Trattati.

Si nota inoltre che essa è profondamente legata alla cittadinanza, tanto da portare a considerare i "diritti di cittadinanza" quali diritti fondamentali che esigono un

dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza. Quando tale decisione ha implicazioni nel settore della difesa, il Consiglio delibera conformemente all'articolo 31, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea. Il Parlamento europeo è informato. Ai fini del presente paragrafo e fatto salvo l'articolo 240, il Consiglio è assistito dal comitato politico e di sicurezza, con il sostegno delle strutture sviluppate nell'ambito della politica di sicurezza e di difesa comune, e dal comitato di cui all'articolo 71, i quali gli presentano, se del caso, pareri congiunti. 4. Per consentire all'Unione e agli Stati membri di agire in modo efficace, il Consiglio europeo valuta regolarmente le minacce cui è confrontata l'Unione".

⁴³ Decisione 2014/415/UE

⁴⁴ Il quale testualmente sancisce: "Qualora uno Stato membro subisca un'aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite. Ciò non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri".

ambiente solidale per la loro concreta attuazione. Ciò non significa che l'individuo - e prima ancora lo Stato - possano rimanere per così dire "in attesa" in un atteggiamento "assistenziale", ma essa si configura come un processo attivo, che abbisogna di una serie di impulsi. Ciò è stato reso evidente, del resto, nel momento in cui si è iniziato a parlare di diritto ambientale, il quale si proietta oltre i confini dello Stato ed implica responsabilità comuni. Si è infatti parlato di "ecological citizen" per evidenziare che in tali casi la protezione del bene ambiente non passa per la protezione di interessi egoistici o logiche di mercato, ma coinvolge necessariamente processi collettivi che mettono in comunicazione solidarietà da un lato e comunicazione dall'altro. Essa viene intesa quale principio generale ed al riguardo potrebbero aprirsi numerose problematiche in merito alla valenza dei principi generali per gli Stati membri dell'UE.⁴⁵

L'art. 6 del TUE a proposito della CEDU sancisce che "i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione i quanto principi generali. Per quanto invece riguarda il diritto dell'Unione Europea sancisce che la Carta di Nizza ha lo stesso valore giuridico dei trattati, e dunque ne opera la sua "comunitarizzazione".

In particolare, ci si chiede se essi, in quanto tali, possano avere un'efficacia diretta orizzontale in modo tale da poter essere invocati direttamente dai privati nelle controversie tra privati, ovvero se essi abbiano solo un'efficacia diretta incidentale. Quanto alla prima questione, relativa alla possibile efficacia orizzontale, si osserva che essi storicamente sono stati formulati in modo da conferire diritti ai singoli, piuttosto che imporre obblighi. Inoltre, i principi generali solitamente all'intero nell'ordinamento hanno un valore ausiliario, in quanto indicano tra le varie interpretazioni possibili, quella preferibile. In realtà, l'affermarsi dei diritti umani fondamentali come principi generali fa sì che la violazione da parte dei privati di alcuni principi e valori, perpetrata ai danni di altri individui possa frustrare l'efficacia in assoluto del sistema dei diritti promosso dall'Unione. Piuttosto, essi possono avere efficacia diretta incidentale, nel senso che, quand'anche una norma interna contrasti con una norma contenuta all'interno

⁴⁵ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 70, secondo il quale tra i principi generali dell'ordinamento vi è quello di proporzionalità, "ed esso spinge la Corte in territori inesplorati anche nelle tradizioni giuridiche [...] attirando il giudice nazionale in una difficilissima valutazione sul merito del conflitto collettivo, sulla giustificazione stessa degli obiettivi di tutela e sulla congruità dei mezzi volti a conseguirli".

di una direttiva quest'ultima se non trasposta, non potrà trovare applicazione, ma fungerà comunque da paragone per vagliare la legittimità comunitaria della norma in questione.

Ciò che occorre rilevare è che taluni principi generali sono raccolti nei Trattati, altri sono di creazione giurisprudenziale. Questi ultimi costituiscono il prodotto della costante opera interpretativa della Corte di Giustizia che attraverso le proprie pronunce conferisce un certo ordine sistematico ai principi giuridici. Essi devono essere considerati quali vere e proprie norme giuridiche in quanto estratti da norme attraverso un processo di generalizzazione successiva, di talché ne assumono la stessa natura normativa. Essi si pongono in posizione sovraordinata rispetto a qualsiasi altra fonte del diritto europeo derivato, costituendo parametro di legittimità degli atti adottati sia dalle Istituzioni europee sia dagli Stati membri. In particolare, operano quali criteri interpretativi delle norme scritte dell'Unione europea, in funzione integrativa, ed altresì valutativa della legittimità degli atti emanati dalle Istituzioni europee e dagli Stati membri.

Se dunque la solidarietà viene intesa come principio costituzionale per l'ordinamento interno ed altresì principio generale per il diritto unionale, essa ha una forte influenza nell'interpretazione prima e nell'applicazione poi, della norma di legge. Orienta dunque non solo il legislatore, che deve emanare norme nel rispetto del principio, ma anche la giurisprudenza che nell'applicarle deve fare in modo di non vulnerarla. Se ciò è certamente condivisibile, è necessario considerare che talvolta, come si vedrà, la solidarietà incide sulla certezza del diritto, richiedendo alle parti obblighi di rinegoziazione atipici, ossia non previsti *ab origine* con l'accordo contrattuale, ed altresì obblighi solidaristici per la vittima dell'illecito che le impongono di sopportare una parte del danno, proprio in nome di un dovere di solidarietà sociale che legittima una certa soglia massima al risarcimento e che ne fonda al tempo stesso la base per affermare la legittimità costituzionale di siffatta limitazione di tutela. Ciò si pone in netta frizione con un altro principio generale dell'ordinamento sia interno sia unionale che è il principio del legittimo affidamento e della certezza del diritto. Quest'ultimo impone che i soggetti dell'ordinamento europeo non siano posti in una situazione di incertezza con riguardo al contenuto ed all'estensione dei propri diritti e doveri.

Il principio di affidamento, invece, per quel che concerne l'ordinamento unionale, è affermato in numerose sentenze della Corte di Giustizia,⁴⁶ ed esso si pone come limite alla discrezionalità dei pubblici poteri, mentre per quanto riguarda l'ordinamento italiano, è un principio intimamente connesso a quello di buona fede intensa in senso oggettivo che, in un'ottica di giustizia sostanziale, impone alle parti di salvaguardare l'utilità della propria controparte al fine di non lederla nelle aspettative in precedenza ingenerate.⁴⁷ Esso si lega intimamente all'art. 2 Cost. il quale postula in tali casi il dovere di esercitare i diritti in modo tale da non comportare un sacrificio eccessivo alla sfera giuridica di controparte.⁴⁸ Ora, è chiaro che quando emergono diversi principi in tensione tra di loro, si rende necessario un bilanciamento degli stessi in modo tale da salvaguardarli "limitatamente" entrambi, ovvero, ove ciò non sia possibile, farne prevalere uno sulla base di una serie di considerazioni generali e di sistema.

1.4. Analisi del Codice Civile: gli albori del principio di solidarietà. Cenni introduttivi.

Il vecchio Codice del 1865, creato per soddisfare l'esigenza dell'unificazione legislativa del Nuovo Regno, si ispira essenzialmente ai principi della Carta del lavoro, i quali, come detto nella relazione del Guardasigilli sul disegno di legge relativo al valore giuridico della Carta, "costituiscono la base stessa dell'organizzazione della società italiana, plasmano tutti i rapporti della nostra vita civile ed informano l'intero nostro ordinamento giuridico positivo".⁴⁹ La stessa afferma che "la nazione italiana è un'unità morale, politica ed economica che si realizza integralmente nello Stato fascista" (dich. D), "il complesso della produzione è unitario dal punto di vista nazionale; i suoi obiettivi sono unitari e si riassumono nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza

⁴⁶ Cfr, *ex multiis*, Corte di Giustizia, sent. 3 maggio 1978, causa C-112/77 *srl nella ditta August Toepfer et co. c. Commissione delle Comunità Europee*.

⁴⁷ A. DONATI, *La concezione della giustizia nella vigente Costituzione, diritto soggettivo e solidarietà*, Roma, 1998, 489; ma anche F. GIUFFRÈ, *La Corte Costituzionale in cammino: da un modello casistico all'interpretazione della solidarietà*, in *Giur. cost.*, 1998, II, 1963, il quale parla dell'importanza della previsione contestuale dei diritti e dei doveri nello stesso articolo, ed altresì del ruolo del principio di buona fede quale "regolatore della coesistenza dei diritti e doveri in capo ai cittadini".

⁴⁸ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, cit. Secondo l'autore, si tratta di un principio, quello di solidarietà, "volto a scardinare le barriere, a congiungere, a esigere quasi il riconoscimento reciproco, e così a permettere la ricostruzione di legami sociali nella dimensione propria dell'universalismo".

⁴⁹ La Relazione del Guardasigilli al Codice del 1942, n. 558 recita: "Questo dovere di solidarietà nasce e deve nascere dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale; esso non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio".

nazionale (dich. II)”, “le corporazioni costituiscono l’organizzazione unitaria delle forze della produzione e ne rappresentano integralmente gli interessi (dich. III)”.

In queste tre dichiarazioni si contiene l’enunciazione del principio base dello Stato fascista: il principio dell’unità, intesa nel senso morale, politico ed economico. Ad unità viene infatti ricondotta nel diritto familiare e successorio la famiglia, come cellula prima e fondamentale dello stato fascista, parimenti la proprietà così come il contratto ed il regime delle imprese e del lavoro.⁵⁰ Strettamente connesso al principio di unità, vi è poi quello di gerarchia, intesa quale gerarchia di norme e di interessi. Così, nel campo degli interessi, l’esigenza individuale cede a favore di quella del nucleo familiare, lo Stato riconosce e tutela l’iniziativa individuale (dich. VII) ma esige che questa sia costantemente subordinata agli interessi generali della produzione (dich. IV), di conseguenza il contratto rappresenta sì uno strumento posto a disposizione del singolo affinché possa raggiungere le sue finalità, ma questa libertà soggiace alle superiori esigenze dell’ordine pubblico⁵¹. Ciò si tramuterà nella c.d. “funzione economico individuale” che di lì a poco rappresenterà la causa dell’operazione negoziale secondo la teoria bettiana.

Le dichiarazioni IV e VII della Carta enunciano il principio di solidarietà e collaborazione. Questo, nel comportamento reciproco del debitore e del creditore è posto a fondamento della disciplina del rapporto obbligatorio, come del regime dell’impresa. Nelle successive dichiarazioni⁵² viene enunciato il principio della giustizia sociale, che ha ispirato la disciplina dell’impresa e del lavoro, ma tale principio, unitamente a quello di solidarietà, esplicano notevoli riflessi anche sul diritto delle persone e, soprattutto, sul libro della proprietà.⁵³

⁵⁰ I rapporti familiari venivano intesi in modo organico rispetto al sistema statale, con forti connotazioni pubblicistiche. Si sottolineava che la famiglia fosse un «organismo», posto che vi è un vincolo reciproco di interdipendenza personale; il che significa che manca nei rapporti familiari l’indipendenza, la libertà, l’autonomia, che contraddistinguono i rapporti, soprattutto quelli patrimoniali, nel diritto privato. Si veda sul punto: A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1915, 85.

⁵¹ In *Foro it.*, 1941, IV, 41 ss.

⁵² Dich. Carta del lavoro: VI, VII, X, XII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII.

⁵³ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il lavoro nel codice civile, oggi*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, tomo II, 1185: “La concezione del codice è proprietaria e contrattualistica: si varcano i cancelli della fabbrica esclusivamente per adempiere”. La subordinazione, infatti, faceva sì che il lavoratore nel momento in cui entrava nell’organizzazione produttiva perdeva la sua posizione di soggetto di diritto “per lasciare il posto a un soggetto completamente sottomesso al potere di direzione del capo dell’impresa” (secondo quanto sostenuto da A. SUPIOT, *Critica del diritto del lavoro*, Roma, 1997, 167).

M. G. GAROFALO, *Solidarietà e lavoro*, in M. NAPOLI, *La solidarietà, Vita e pensiero*, Milano, 2009, 19 e ss. Sul punto si veda anche L. MENGONI, U. ROMAGNOLI, G. GIUGNI, T. TREU, *Fondata sul lavoro. La Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà, Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, a cura di M. NAPOLI, *Vita e pensiero*, Milano, 1998, 3 e ss.

Nella concezione fascista, il diritto di proprietà non rappresenta solo la base fondamentale della struttura economica e sociale della nazione, ma è considerato un complemento ed una proiezione della personalità umana e della famiglia.⁵⁴ Ad una prima concezione individualista ed assoluta del diritto, che trova il limite unico nel dover consentire anche ai consociati l'esercizio di eguali diritti, subentra una concezione funzionale e teleologica, in virtù della quale la sua esistenza è condizionata e si compenetra nel suo esercizio, in vista di un fine che direttamente o indirettamente si identifica con l'interesse generale della nazione.

Si comprende allora bene come vi sia sottesa indubbiamente una concezione solidaristica della proprietà, non tesa in via assoluta a permettere al singolo l'esercizio in modo esclusivo del proprio diritto, bensì imponendogli di salvaguardare l'interesse dei consociati ed il superiore della nazione. Ciò è del resto testimoniato dall'espressione codicistica di cui all'art. 832 dell'attuale Codice Civile: "con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico".⁵⁵ In che cosa consistano tali obblighi è detto innanzitutto dalla Carta del Lavoro, ed essa è data dalla funzione sociale dell'attività del singolo, dovere del lavoro, unità della produzione, solidarietà degli interessi tra i produttori, responsabilità del produttore verso lo Stato. Ciò porta ad una stretta connessione tra il diritto pubblico e quello privato, tra l'interesse dell'individuo e quello superiore della Nazione. Questo legame indissolubile tra interesse individuale e sociale e la subordinazione del secondo al primo hanno portato all'ampliamento dei beni demaniali ed indisponibili.

Anche al fine di risolvere i conflitti tra i privati, la nuova disciplina pone come base e limite del diritto di proprietà un *interesse socialmente apprezzabile*. Ciò è invece alla base dell'art. 833 c.c., ossia del divieto di atti emulativi, che per molto tempo ha rappresentato l'unica base giuridica dell'istituto giurisprudenziale dell'abuso del diritto, prima che esso venisse agganciato direttamente all'art. 2 Cost. Pertanto, non può il proprietario escludere quelle attività di terzi, in ragione del suo diritto di proprietà, che si svolgano ad un'altezza o ad una profondità tale da non intaccare l'effettivo godimento del fondo, non può compiere atti emulativi, deve tollerare le immissioni che non

⁵⁴ Sul punto si veda anche l'art.17 della "Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen" del 1789 la proprietà è definita "un droit inviolable et sacré", ma anche lo stesso Codice del 1865 che all'art. 436 statuiva: "La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti".

⁵⁵ F.D. BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, 435 e ss. ritiene che in questa definizione si possano riscontrare tracce di solidarietà illuministica, così come nella definizione del contratto all'art. 1321 c.c. È in questo periodo che si inizia infatti a parlare di "carità legale", "beneficienza pubblica"

superino la normale tollerabilità, al fine di permettere, altresì, anche quelle iniziative economiche, in conformità all'art. 41 Cost. Ne deriva dunque che accanto al principio di socialità concorrono quelli di solidarietà e di collaborazione, ogni qualvolta la situazione di fatto renda utile e feconda l'unione di forze.⁵⁶

Passando al libro delle obbligazioni, la disciplina del contratto è dominata da un nuovo spirito. Taluni hanno posto in dubbio che il contratto abbia ancora una propria funzione giuridica nell'ordine fascista, dubbio che non sussiste se solo si consideri che con esso non si permette solo al singolo di raggiungere i propri – egoistici – interessi, nonché delle finalità particolari cui aspira, bensì rappresenta uno strumento di cooperazione delle forze economiche generali ed individuali per il raggiungimento dei fini indicati nella Carta del Lavoro, i quali devono essere “meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”.⁵⁷

Sulla scorta dunque delle considerazioni che permeano la concezione di “causa” del contratto, questa attitudine è presunta per quanto riguarda i contratti tipici, per il semplice fatto che sono stati appunto tipizzati, mentre va ricercata e deve riscontrarsi immanente nei contratti innominati. È indubbio che tale coordinamento conduce certamente a limitare l'autonomia del volere, posto che, per quanto detto, sin dalla sua fase di formazione esso si considera in funzione delle esigenze generali. Ne deriva che le parti nelle trattative e nella formazione del contratto devono osservare un comportamento onesto e di buona fede e, parimenti, devono essere eccepiti in buona fede i vizi del contratto.

Ecco dunque che nello spirito collaborativo ciascuna parte è tenuta a dare notizia all'altra di ogni causa di invalidità del contratto che essa abbia conosciuto, pena il risarcimento dei danni, dall'altro non può essere opposto l'errore alla parte che offre di eseguire il contratto in modo conforme alla volontà che il contraente errante aveva avuto.

Del pari, la legge consente alla parte vittima dell'approfitto dello stato di pericolo o di bisogno di rescindere il contratto, per evitare che la controparte possa per ciò conseguire vantaggi gravemente sproporzionati o imporre condizioni inique, salvo che

⁵⁶ N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.* 1997, 185 e ss. secondo il quale “l'art. 41 esprime la misura del rapporto tra solidarietà e mercato: se mercato designa lo statuto giuridico degli scambi economici, se la Costituzione demanda alla legge ordinaria di tracciarne la fisionomia, i criteri di conformazione, indicati nei co II e III dell'art. 41 Cost., traducono il dovere di solidarietà nel campo proprio della libertà dell'iniziativa economica”. Sul punto anche P. PERLINGERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 e ss.

⁵⁷ F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 7 e ss.

l'altra non offra di riequilibrare il contratto riconducendolo ad equità. Parimenti permette la risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica, ove sia divenuto eccessivamente oneroso per il verificarsi di eventi straordinari ed imprevedibili. La buona fede poi domina il rapporto di obbligazione anche nell'interpretazione e nell'adempimento, l'obbligo del *clare loqui* è essenziale e l'adempimento dell'obbligazione deve rispecchiare non il puro egoismo individuale che porta a disinteressarsi degli interessi della controparte, ma la regola di equità che esige il dovere di non ignorare le ragioni della controparte nel rapporto obbligatorio e di fondere queste nel proprio interesse, secondo appunto lo spirito di solidarietà che deve animare lo Stato.⁵⁸

Il dovere di solidarietà, inteso quale reciprocità tra creditore e debitore, è posto alla base del rapporto obbligatorio, ed implica il rispetto della sfera della controparte in modo da impedire che questa sia lesa. La solidarietà è in questo momento storico infatti posta a fondamento della concezione unitaria della nazione, e postula un legame che avvicina i soggetti l'un l'altro al fine di ottenere un risultato che implichi la soddisfazione degli interessi delle parti e nello stesso tempo della collettività nazionale. La disciplina dei singoli contratti è rigorosamente informata a questi principi direttivi.

Tra i contratti del Codice Civile si può ricordare quello di assicurazione, disciplinato agli artt. 1882 e ss., in particolare l'art. 1900 c.c. il quale prevede, al co. III che l'assicuratore "è obbligato altresì, nonostante patto contrario, per i sinistri conseguenti ad atti del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, compiuti per dovere di solidarietà umana o nella tutela degli interessi comuni all'assicuratore".⁵⁹

Se da un lato dunque è possibile ravvisare il principio di solidarietà in diversi istituti del Codice Civile, dall'altro è necessario considerare che la primordiale origine è data dal concetto di obbligazione solidale. Non solo, il concetto in parola permea la stessa nozione di danno ingiusto, *ex art. 2043 c.c.*, tanto da parlarsi di una c.d. "ingiustizia solidale".⁶⁰

⁵⁸ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 9 e ss. Secondo il quale l'autonomia privata ha progressivamente perso quel carattere di potere incondizionato che il privato può esercitare incondizionatamente, per farsi potere che nel suo esercizio deve tenere conto della sfera giuridica della controparte, nonché le istanze di giustizia e solidarietà sociale.

⁵⁹ Come sosteneva Jhering, è una vera e propria "meraviglia del mondo umano", il fatto che i singoli interessi egoistici dei singoli possano organizzarsi per scopi comuni. "L'egoismo "conosce e vuole soltanto sé stesso, ma costruisce il mondo". Si veda al riguardo R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, trad. it., a cura di M.G. LOSANO, Torino, 1972, 47.

⁶⁰ S. RODOTÀ, *Buona fede e correttezza nel quadro dell'integrazione*, in *Le fonti d'integrazione del contratto*, Milano, 2004, 161, il quale afferma che: "correttezza e *alterum non laedere* ben possono essere

Ma lo stesso principio solidaristico è sotteso implicitamente anche ad altre disposizioni normative, basti considerare l'art. 1227 c.c., il quale opera sia in campo contrattuale che extracontrattuale, in virtù dell'espresso richiamo ad in esso viene fatto dall'art. 2056 c.c.

1.5. Il contratto di assicurazione.

La matrice solidaristica è propria anche del contratto di assicurazione.⁶¹ Esso è lo strumento attraverso il quale il singolo può traslare il rischio derivante dalla propria condotta o attività in capo ad un soggetto che lo può sopportare, in modo tale da un lato di permettergli di svolgere l'attività, senza la preoccupazione di doverne sopportare i rischi eventualmente derivanti, dall'altro rappresenta lo strumento attraverso il quale si garantisce ai consociati un risarcimento a fronte di una condotta illecita posta in essere, posto che l'autore della condotta, in quanto singolo, con il proprio patrimonio potrebbe non essere in grado di risarcire i danni prodotti.

Ed invero, la condotta causativa del danno potrebbe anche essere lecita, ma pericolosa, si pensi ad esempio all'attività medica, settore nel quale si sono avuti i maggiori fermenti in ambito assicurativo, data l'esigenza di assicurare verso rischi ormai divenuti insostenibili, a causa di risarcimenti troppo elevati che hanno fatto lievitare a dismisura i premi assicurativi, nella migliore delle ipotesi, ovvero hanno fatto desistere le compagnie assicurative dall'assicurare il professionista medico, nella peggiore.⁶²

Questo trend ha portato alla recentissima sentenza della Corte Costituzionale che, proprio nell'ottica di contenere i costi assicurativi ha dovuto porre un freno alla quantificazione del danno derivante dall'attività medica, in modo tale da poter

identificati". Si veda anche G. CITARELLA, *Le altre fonti di obbligazioni*, 279 e ss., in *Diritto privato esercizi*, (a cura di) F. BILOTTA, G. CITARELLA, L. GAUDINO, D. INFANTINO, A. VENCHIARUTTI, P. ZIVIZ, Torino, 2013.

⁶¹ G. ALPA, *Solidarietà*, cit., 370. A tal riguardo si veda in particolare la riflessione contenuta nello studio monografico di R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, 37 e ss.

⁶² G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 572 e ss., secondo l'A. "la responsabilità civile mira alla riparazione del danno, presentando però sempre un carattere fortemente pretorio, con una sostanziale marginalità degli interventi legislativi [...]. Il perimetro del danno non patrimoniale è infatti cresciuto a dismisura negli ultimi anni; e ciò ha reso sempre più difficile il compito di stimare *ex ante* i pregiudizi non patrimoniali risarcibili. Ma non v'è solo la questione dei danni risarcibili: esistono, infatti, problemi collegati all'accertamento dell'*an* della responsabilità, che possono avere forti riflessi sul corretto funzionamento del meccanismo assicurativo".

continuare ad essere in grado di assicurare.⁶³ Ecco che l'assicurazione si erige a baluardo della tutela risarcitoria, svolgendo dunque una preminente funzione di solidarietà sociale, e la svolge in una duplice direzione: da un lato nei confronti dell'assicurato, permettendogli di svolgere una determinata attività senza che ne debba sopportare i rischi, dall'altro verso la collettività, garantendo una copertura risarcitoria a prescindere dalla consistenza patrimoniale nonché della volontà di risarcire dell'autore del danno.

A partire dal XX Secolo, in particolare dalla seconda metà del Novecento, il contratto di assicurazione inizia ad assumere un ruolo fondamentale nella dimensione "ultra privatistica". Questo è dovuto non solo all'emergere del fenomeno consumeristico, che certo ha contribuito al progressivo evolversi della disciplina dell'assicurazione, ma altresì per l'importante ruolo che questa è venuta progressivamente a svolgere nella società su sollecitazione dello stesso regolatore pubblico.

Se è certamente vero che lo Stato rimane il soggetto in capo al quale rimane allocato il rischio per una molteplicità di scenari, è altrettanto innegabile che le assicurazioni diventano *partners* ufficiali dello Stato nella gestione di quello stesso rischio, nella realizzazione di programmi di *welfare* (si pensi all'assistenza ed alla previdenza) ma anche nella prevenzione e nel funzionamento della responsabilità civile e delle dinamiche risarcitorie che le sono proprie. Di qui l'esplosione delle assicurazioni obbligatorie, che caratterizza il XX secolo. È proprio la presenza o l'assenza della copertura assicurativa, in particolare la sussistenza o meno di un rischio assicurabile, che determina le scelte del legislatore nel settore della responsabilità civile così come nei modelli e nelle soluzioni previdenziali ed assistenziali.

È allora evidente la componente solidaristica del contratto assicurativo: è proprio all'assicurazione che lo Stato chiede di promuovere comportamenti virtuosi, per coadiuvarlo nel raggiungimento di obiettivi superiori, o meglio, ultra-privatistici, quali appunto la solidarietà. Invero, questa idea di solidarietà è già presente nel contratto, nella parte in cui questo trova una connessione con i valori costituzionali, o ancora, è realizzabile mediante la causa in concreto dello stesso. Senza soffermarci però in questa sede sulla teoria della causa del negozio giuridico, per avere riprova della matrice solidaristica del contratto assicurativo, basti considerare le norme generali sul suo

⁶³ Corte Cost. 16 ottobre 2014, n. 235. Sulla problematica si veda anche M. HAZAN, D. ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Milano, 2013, 57 e ss.

funzionamento. L'art. 1900 co III c.c. ad esempio, prevede che l'assicuratore (nonostante ogni patto contrario) sia obbligato per i sinistri conseguenti ad atti del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, compiuti per dovere di solidarietà umana o nella tutela degli interessi comuni all'assicuratore. Tale norma è inderogabile. Ancora, l'art. 1914 c.c. prevede l'obbligo di salvataggio, ed anche in questa si rinviene la matrice solidaristica del contratto assicurativo. L'onere di salvataggio richiede al soggetto assicurato di compiere ogni possibile attività, usando la diligenza del buon padre di famiglia, al fine di evitare la verifica del sinistro, oppure, se questo si è già verificato, al fine di evitare il danno o ridurne le sue conseguenze. Le spese di tali attività non saranno poste in capo a quest'ultimo, bensì saranno a carico dell'assicuratore in proporzione alla somma assicurata, anche se lo scopo dell'intervento non è poi raggiunto.⁶⁴

Ecco dunque che la norma richiedendo all'assicurato di provvedere a fare tutto quanto possibile per evitare o diminuire il danno, riduce l'impatto negativo di questo sulla collettività. Inoltre, l'assicuratore è chiamato a contribuire al ristoro delle spese anche oltre il massimale garantito. Vi è quindi un obbligo *ex lege* che segna un dovere dell'assicuratore di contribuire alla redistribuzione del rischio del salvataggio, che questi inserisce poi tra i costi dei sinistri. È evidente dunque come in entrambi i casi si pone in capo all'assicuratore un carico economico che mira ad incentivare comportamenti socialmente utili, che di fatto traducono in azioni l'idea di solidarietà.

Proseguendo con l'evidenziare la matrice solidaristica del contratto assicurativo, si osserva che, a ben vedere, la funzione preminente di questo non sia tanto il pagamento dell'indennizzo bensì la copertura del rischio, e per l'effetto, se così davvero fosse, non si potrebbe che concludere che in realtà l'assicurazione non è un contratto aleatorio: se infatti la causa della stessa non è obbligarsi a pagare una somma di denaro incerta *ab origine* nell'*an* e nel *quantum*, bensì la sicura traslazione del rischio derivante da una condotta entro i limiti di un massimale, verrebbe meno l'aleatorietà. In altre parole, la sinallagmaticità del contratto può essere vista non tra pagamento del premio

⁶⁴ L'assicurazione svolge così una funzione di previdenza, in quanto colui che si assicura, in previsione del sorgere di bisogni futuri, vuole garantirsi la disponibilità dei mezzi, necessaria a soddisfare i bisogni stessi [...]. L'assicurazione non ha quindi una funzione di prevenzione, in quanto con essa non si accolla all'assicuratore il compito di impedire che dati sinistri si verifichino o colpiscano il patrimonio dell'assicurato, ma ha invece una funzione di reintegrazione, in quanto l'assicuratore deve intervenire solo a posteriori, a sinistro avvenuto, quando cioè il danno non è più eventuale ma attuale, al fine di eliminare, in tutto o in parte, le conseguenze dannose del sinistro, ristabilendo [...] l'equilibrio che il sinistro ha rotto e turbato". (A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni*, Parte generale, Napoli, 1949, I e ss.).

(certo) e risarcimento del danno (incerto), bensì tra pagamento del premio (certo) e traslazione del rischio (certo). Lo scambio sotteso al contratto si attuerebbe dunque tra pagamento del premio e copertura assicurativa.⁶⁵ Il premio, nella sua accezione tecnica, è un corrispettivo calcolato sulla base di dati probabilistici, in relazione ad una massa di rischi omogenei, esso è determinato non in funzione del rischio assunto con il singolo contratto ma con riferimento a tutti i rischi dello stesso tipo assunti dall'assicuratore.

Ecco dunque che l'alea verrebbe meno se anche si considera che, a ben vedere, nel fenomeno assicurativo non si guarda più al singolo rapporto assicuratore – assicurato, bensì alla comunità degli assicurati.⁶⁶ È infatti con riferimento ad essi che si determina il *quantum* del premio, a seconda dell'incidenza del rischio che, con riferimento all'intera comunità degli assicurati, l'assicurazione si accolla. In altre parole, l'assicurazione sa che con i premi che gli assicurati pagheranno, essa potrà coprire gli indennizzi. L'incertezza, o meglio l'alea, viene meno anche nei confronti degli assicurati, i premi che questi pagano vanno infatti a formare un Fondo mutualistico, si ha dunque un contratto con comunione di scopo: si versano i premi per costituire un Fondo che poi in modo mutualistico e solidale copre e dunque tutela il danneggiato.⁶⁷

È per questo che vige il principio dell'indivisibilità del premio: il premio va cioè pagato interamente nella vigenza del periodo assicurato anche se si verifica un evento che determina la non copertura per un periodo determinato (ad es. perché si è esercitato il recesso). Il premio va pagato comunque in quanto è già stato quantificato a monte sulla base di un rischio calcolato per l'assicurazione. Ecco dunque che in quest'ottica, il contratto assicurativo non può più essere visto semplicemente come un contratto bilaterale, ma esso è più inquadrabile, in un'ottica più latamente intesa, e qui si manifesta totalmente la sua matrice solidaristica, in un contratto con comunione di

⁶⁵ A. DONATI, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazione*, 1937, I, 399 e ss. il quale appunto evidenzia in cosa consista la sinallagmaticità sottesa al contratto di assicurazione tra la prestazione di pagamento del premio e quella risarcitoria dell'assicurazione.

⁶⁶ *Contra* si veda, A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, 196 e ss. secondo il quale a proposito della posizione di soggezione dell'assicuratore di fronte all'evento incerto e futuro del sinistro, ribadisce il carattere aleatorio del contratto. Ma anche M. FRANZONI, *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, in *Contr. impr.*, 2011, 417 e ss., il quale sottolinea che “la tesi dell'aleatorietà del contratto ha dalla sua parte la normativa tutt'ora vigente del Codice Francese, chi l'ha messa in dubbio ha pensato prevalentemente alla traslazione sociale del rischio effettuata con il contratto e realizzata mediante l'attività d'impresa”.

⁶⁷ M. FRANZONI, *L'assicurazione tra i contratti aleatori*, cit., 251 e ss.

scopo.⁶⁸ Spostando il *focus* sul singolo rapporto assicuratore assicurato invece, esso rimane un contratto aleatorio e bilaterale.

Emerge dunque chiaramente la funzione solidale del contratto assicurativo, proprio partendo dalle considerazioni appena fatte in merito al premio assicurativo, si evince come la sua funzione consista nella inserzione dei singoli rischi assunti dall'impresa di assicurazione in una massa di rischi omogenei, cui consegue la possibilità di un calcolo statistico del premio e la neutralizzazione del rischio inerente ad ogni singolo contratto di modo tale che il rischio individuale si trasformi in un rischio collettivo.⁶⁹ Ne deriva che per effetto di tale meccanismo gli esposti al rischio posso cautelarsi contro le conseguenze che possono derivare dai loro atti, comportamenti, attività, sopportando un costo molto inferiore a quello che altrimenti dovrebbero sostenere. L'assicurazione soddisfa per tal via un bisogno dell'assicurato a costo parziale.

1.6. La clausola di buona fede quale obbligo di reciprocità sociale.

Proseguendo con l'analisi delle norme codicistiche in cui si rinviene il concetto di "solidarietà", non ci si può esimere dal collegare l'art. 2 Cost. all'obbligo di buona fede sancito agli artt. 1175 e 1375 c.c. al fine di comprendere come la solidarietà incida sul contenuto stesso delle clausole generali.⁷⁰ La clausola di buona fede, il più delle volte intesa quale obbligo di reciprocità sociale, è chiaramente permeata dalla prospettiva di una solidarietà sociale che in uno con essa, impone una serie di obblighi integrativi, ancorché non contrattualmente previsti, al fine di salvaguardare l'utilità della prestazione per la propria controparte contrattuale.⁷¹

L'aggancio all'art. 2 Cost. del principio generale di buona fede riveste una fondamentale implicazione pratica, posto che per effetto di tale risvolto "costituzionale"

⁶⁸ Sono contratti diretti ad uno scopo comune, caratterizzati comunque da una composizione di diversi interessi contrapposti, e tale composizione avviene proprio in vista dell'attuazione della solidarietà che essi perseguono. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1966, rist. 1997, 76 e ss.

⁶⁹ Sulla comunione dei rischi si veda Corte Cost. 5 febbraio 1975, n. 18 in *Assicurazioni*, 1975, II, 71 e ss.

⁷⁰ G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, 2005, 150 e ss. L'autore descrive l'evoluzione storica della buona fede dal diritto romano sino all'età delle codificazioni. Interessante è l'approfondimento che dedica alla nozione di *bona fides* ed allo studio del diritto romano, in particolare, approfondisce l'incidenza che esso assume sul principio in parola come attualmente concepito. Si veda anche M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *NsDI*, XI, Torino, 1965, 148 e ss.; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1959, 323 e ss.

⁷¹ V. CARBONE, *La regola della correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corriere giur.*, 2012, 153 e ss.

il dovere di correttezza non è più derogabile per effetto dell'autonomia contrattuale. Se certo è vero che nello specifico i summenzionati articoli possono ricondursi ad una dimensione contrattuale, posto che fanno espressamente riferimento alla persona del debitore e del creditore, e dunque sottendono l'esistenza di un rapporto obbligatorio, tuttavia la violazione dell'obbligo di buona fede può tradursi in una violazione del precetto del *neminem laedere* e dunque in ultima analisi in una responsabilità aquiliana ancorché vi sia sotteso un rapporto obbligatorio. Basti considerare l'ipotesi dell'abuso del diritto, il quale trova proprio il suo fondamento costituzionale negli artt. 2 e 41 Cost. Qualora venga integrato, ciò può rappresentare un fatto illecito causativo di un danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c. L'abuso del diritto fa scattare una responsabilità, che a sua volta determina l'obbligo di risarcimento del danno *ex* 2043 c.c. Ciò posto, è necessario infatti considerare che l'esercizio del diritto costituisce un fatto lecito se esercitato entro il limite fissato dall'ordinamento, se oltrepassato, si determina un danno *non iure*.

L'esercizio del diritto è dunque di per sé un fatto lecito (un fatto *iure*), ma qualora diventi abusivo, si trasforma in un fatto *non iure*, non autorizzato, anti-giuridico e quindi illecito, in quanto suscettibile di cagionare un danno *contra ius*. Si configura allora un'ingiustizia rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c. per il soggetto che ha abusato del proprio diritto.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, recentemente la Cassazione nel 2015 ha per questo motivo correttamente ricondotto l'abuso del diritto all'art. 2043 c.c. per quel che concerne un'ipotesi di abuso della garanzia patrimoniale per il caso in cui il creditore, senza adoperare la normale diligenza, iscriva ipoteca su beni il cui valore supera i parametri di cui all'art. 2875 c.c. rispetto al credito garantito. Si configura in tale ipotesi una responsabilità speciale rispetto alla norma generale di cui all'art. 2043 c.c., che rientra nell'ipotesi dell'art. 96 co II c.p.c.⁷²

Il concetto di solidarietà, in uno con la buona fede, lo si riscontra anche in un istituto di origine giurisprudenziale ma recentemente positivizzato in una norma ancorché extra-codicistica che è l'art. 10 *bis* dello Statuto del Contribuente. Per il fatto stesso che esso non è più esclusivamente ricondotto all'art. 833 c.c., disciplinante il divieto di atti emulativi, bensì all'art. 2 Cost., non è più un abuso solo doloso e funzionale, bensì rileva a prescindere dallo stato soggettivo del soggetto ed è un abuso di tipo modale, ossia guarda il modo in cui il diritto viene esercitato.

⁷² Cass., sez. III, 5 aprile 2016 n. 6533.

L'abuso del diritto è una figura elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese dopo la Rivoluzione Francese in risposta agli effetti prodotti da questa, e dai principi enunciati per suo tramite: ossia il principio di libertà ed uguaglianza. Posto che tali principi vengono enunciati in via assoluta, l'abuso del diritto è un istituto che funge da limite e allo stesso tempo da bilanciamento tra libertà individuale - intesa come autonomia privata - e giustizia sociale, intesa quale libertà altrui. I suoi caratteri sono: l'esistenza di un diritto soggettivo, inteso quale sinonimo di "posizione soggettiva", e dunque ricomprensivo anche l'interesse legittimo, la possibilità di esercitare lo stesso con più modalità, non predeterminate a priori, che il titolare del diritto, tra le molte, scelga la modalità che arreca al destinatario un sacrificio ingiustificato rispetto alla comparazione con il vantaggio che il creditore invece riceve, sulla base appunto di un giudizio comparativo.

È poi caratterizzato da uno iato tra il dato formale e quello sostanziale, ossia la condotta si rivela essere formalmente conforme al dettato legislativo, ma sostanzialmente in contrasto con la sua *ratio*. Di qui emerge il fondamento solidaristico dell'abuso del diritto, ossia la valutazione comparativa posta alla base dello stesso, tra vantaggi e sacrifici alla luce della *ratio* che ha accordato al soggetto quel diritto. Da un abuso solo funzionale, si è infatti passati ad un abuso anche modale, attento alle modalità oltre che agli scopi (concreti) per i quali il soggetto esercita il diritto, astrattamente accordatogli, tutto volto a considerare, nelle modalità di esercizio del diritto, non più egoisticamente le sole ragioni personali, bensì anche le ragioni dell'altra parte. La figura dell'abuso del diritto a livello sovranazionale si rinviene all'art. 17 CEDU,⁷³ ma anche all'art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali.⁷⁴

In quest'ottica l'abuso del diritto è collegato al potere degli stati, i quali non possono limitare in modo eccessivamente stringente l'esercizio dei diritti. Ecco che esso

⁷³ Il quale recita testualmente: "Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione.

⁷⁴ Secondo la quale: "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta.

costituisce limite interno al potere degli stati, libero nel fine ma conformato da un limite di sistema.⁷⁵

All'interno del Codice Civile vigente non esiste una definizione di "abuso del diritto" anche se questa era presente nel progetto definitivo del Codice. Esso imprime il divieto di esercitare un diritto per uno scopo diverso rispetto a quello per il quale è riconosciuto. È dunque in un primo tempo caratterizzato da un limite di tipo funzionale. A questo si è aggiunto un limite di tipo modale proprio in corrispondenza dell'emersione di un nuovo fondamento giuridico dell'abuso del diritto: ossia la buona fede e più in particolare l'art. 2 Cost., norma non derogabile essendo un precetto costituzionale. Ancorandolo alla buona fede lo si concepisce come principio immanente all'intero sistema grazie al fatto che la stessa ha carattere atipico e generale, *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. Il dovere di solidarietà, in uno con l'obbligo di comportarsi secondo buona fede - che si traduce nell'evitare ad altri sacrifici non necessari - porta il principio di certezza del diritto, e nel caso di specie del rapporto obbligatorio così come originato dalle parti, sia recessivo rispetto al prevalente principio solidaristico che permette al giudice di intervenire al fine di riequilibrare il rapporto contrattuale.

Non esistono dunque diritti illimitati, anche quelli apparentemente senza limiti devono essere esercitati in modo corretto. Esercitare un diritto in modo corretto significa esercitarlo in modo *solidale*, salvo il limite del sacrificio non eccessivo. Ciò impone la c.d. "reciprocità sociale" ossia il dovere di tenere in considerazione l'interesse di controparte nell'esercitare il proprio diritto, il che non può avvenire in modo egoistico ma vi deve essere proporzione tra l'interesse conseguito e il sacrificio patito.

Ecco dunque che l'abuso non è più di tipo funzionale, nel senso che non si ha più riguardo allo scopo perseguito dal soggetto, bensì rileva il modo, la condotta con la quale il soggetto esercita il diritto: vi è abuso tutte le volte in cui tra più condotte possibili, si sceglie quella sproporzionata rispetto alla lesione che si subisce. L'abuso funzionale era infatti necessariamente sorretto dalla volontà di nuocere, dato l'ancoraggio all'art. 833 c.c. che esplicitamente fa riferimento alla volontà dolosa, mentre agganciandolo all'art. 2 Cost., si prescinde dall'atteggiamento soggettivo e

⁷⁵ A. CALIGIURI, G. CATALDO, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, 25 e ss.; M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, 339-374.

pertanto si consente all'abuso di operare oggettivamente. È importante notare come l'abuso del diritto operi come meccanismo automatico ed implicito in ogni diritto, di autocorrezione dell'ordinamento giuridico.

Ecco che buona fede e abuso del diritto completano ed integrano la clausola di solidarietà. Lo sviluppo avutosi a proposito della buona fede ne conferma la sua tensione solidaristica. La stessa in un primo momento era concepita semplicemente come criterio di valutazione delle condotte, non era invece fonte di integrazione dell'obbligazione. In una seconda fase la buona fede è anche fonte di integrazione del contratto nel senso che impone anche obblighi ulteriori rispetto a quelli contrattualmente previsti al fine di salvaguardare l'interesse di controparte, manifestandosi così nel suo carattere integrativo, cogente e suppletivo. In una terza fase la portata espansiva della buona fede si traduce nell'imporre obblighi ulteriori a quelli contrattualmente assunti per salvaguardare non solo l'interesse di controparte ma altresì interessi di soggetti diversi, in relazione di *proximity* con il contraente.

Nascono gli obblighi di protezione derivanti direttamente dalla legge, accanto a quelli di prestazione discendenti dal vincolo obbligatorio. Nell'ultima e più recente fase la buona fede assume una connotazione bilaterale, nel senso che incombe sia sul debitore che sul creditore. Essa consiste nel non esigere una prestazione divenuta inesigibile, nell'obbligo di ricevere la prestazione, nell'obbligo di accettare modifiche, di non concedere abusivamente il credito. Si evince allora come la clausola di buona fede sia il risvolto concreto dell'obbligo di solidarietà sancito all'art. 2 Cost. inteso quale obbligo, appunto, di non esercitare egoisticamente il proprio diritto, ma di considerare le ragioni di controparte.⁷⁶

⁷⁶ Si richiama pertanto in tal senso l'istituto dell'abuso del diritto, che imporrebbe per l'appunto di non esercitare in modo egoistico il proprio diritto, ma di salvaguardare anche gli interessi altrui, in modo tale da non sacrificarli in modo sproporzionato rispetto a quanto necessario per soddisfare il proprio diritto. Alcuni autori sono critici in merito alla categoria in parola, si veda ad es. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss. secondo cui l'abuso di diritto "è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica". F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, III, in G. FURGIUELE (a cura di), *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 210; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto. L'abuso del diritto*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 281-373, 321; M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, in V. VELLUZZI (a cura di), *Abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, 126, il quale si chiede in che misura possa non rilevare lo scopo in relazione al quale si esercita il diritto.

Tuttavia, abuso del diritto e buona fede non vanno confusi, anche se talvolta si è sostenuto che il primo sia una manifestazione della violazione dell'obbligo di buona fede e, parimenti, il comportamento contro buona fede è indice sintomatico di abuso del diritto. Volendo più correttamente ricercare una distinzione tra i due concetti, si può osservare che mentre l'abuso del diritto prende in considerazione il diritto isolatamente considerato per vedere se è conforme allo scopo per il quale è previsto dalla legge, la clausola di buona fede ha invece natura relazionale, si guardano cioè le conseguenze che l'atto ha per chi lo compie e per chi lo subisce: vi è cioè abuso quando il vantaggio è sproporzionato al sacrificio subito. Inoltre, l'abuso del diritto appoggia una visione teleologica, guarda cioè alla ragione per la quale l'atto è stato compiuto, mentre la clausola di buona fede guarda alle modalità di compimento dell'atto.

A questo punto bisognerebbe interrogarsi circa il rapporto tra l'abuso del diritto ed il principio di buona fede: una parte della dottrina ritiene che il primo è manifestazione della violazione della seconda, ossia il comportamento abusivo rivela quale indice sintomatico la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede. Altri ritengono che l'abuso del diritto abbracci una visione "individualista", nel senso che guarda esclusivamente al diritto isolatamente considerato, al fine di valutare se lo stesso è conforme allo scopo per il quale è previsto dalla legge. La clausola di buona fede avrebbe invece natura relazionale, ossia guarda alle conseguenze che l'atto ha per chi lo compie e per chi lo subisce, al fine di valutare se sussista una certa sproporzione tra le conseguenze che si generano. Altri ancora ritengono che l'abuso del diritto guardi alla ragione per la quale l'atto è stato compiuto esercitando quel diritto, mentre la buona fede guarderebbe alle modalità di esercizio del diritto stesso.

La solidarietà di cui all'art. 2 Cost., si esplica inoltre anche nel c.d. *duty to mitigate*, ossia nel dovere di "mitigare" il danno, oltre che nel dovere di evitarlo solidaristicamente offrendo modifiche alle originarie condizioni contrattuali, al fine di poter salvaguardare l'equilibrio contrattuale. Il dovere di mitigare il danno può riguardare tanto l'ambito della responsabilità da inadempimento, sino a ricomprendervi anche tutti quegli obblighi di rinegoziazione tipici (per effetto delle sopravvenienze) sia atipici, pur in assenza di esse, sia l'ambito della responsabilità extracontrattuale proprio in virtù dell'operare dell'art. 1227 c.c., come di qui a breve si vedrà.

1.7. Conclusioni.

Indagati i diversi significati della solidarietà, dapprima nella dimensione sovranazionale, poi in quella nazionale sia a livello costituzionale, sia a livello della normativa ordinaria, e delineato così il poliforme significato della solidarietà, si vuole ora condurre un'analisi in merito alla portata ed agli effetti che la clausola di solidarietà, intesa nei suoi più diversi significati, sta avendo all'interno del sistema della responsabilità civile extracontrattuale.

Si potrà notare come essa abbia dapprima comportato una certa "tendenza espansiva" per poi ripiegare, seppur timidamente, e non sistematicamente, ma mediante singoli interventi giurisprudenziali e normativi, verso una "tendenza restrittiva", o meglio, "contenitiva", volta a limitare il risarcimento del danno derivate sia dal fatto illecito sia dall'inadempimento contrattuale.

CAPITOLO SECONDO

LA SOLIDARIETÀ NELL'AMBITO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: il sistema di quantificazione del danno.

2.1. Premessa. **2.2.** Solidarietà e ingiustizia del danno nell'illecito aquiliano. Il risarcimento "solidale". **2.3.** La struttura dell'illecito aquiliano. **2.4.** La comparazione: La responsabilità civile in Francia. La responsabilità extracontrattuale. **2.5.** La causalità e la regola del "più probabile che non". L'infrazionabilità della responsabilità civile. **2.6.** Le conseguenze dell'illecito aquiliano: il danno patrimoniale ed il danno non patrimoniale. Riflessioni critiche. **2.7.** Il principio di integrale riparazione del danno. **2.8.** La comparazione: il principio di integrale riparazione del danno nell'ordinamento francese e la sua quantificazione. Tendenza "espansiva" o "restrittiva"? *Segue:* le

possibili limitazioni del principio di responsabilità per un “motivo di interesse generale”. **2.9.** Il risarcimento del danno patrimoniale. “Danno storico” e “danno giuridico” danni mediati e riflessi. Il c.d. “danno da rimbalzo”. **2.10.** La comparazione: l’art. 1227 c.c. nell’ordinamento francese. **2.11.** Il “filtro” della *compensatio lucri cum damni*. **2.12.** Il risarcimento del danno non patrimoniale: risarcimento per la vittima o punizione per il danneggiante? Il denaro non può guarire.

2.1. Premessa.

In questa seconda parte, la ricerca vuole approfondire ed evidenziare gli effetti della clausola di solidarietà nel sistema della responsabilità civile, indagando il fenomeno nell’ambito aquiliano. Premessa l’evoluzione storica, quindi l’origine e la *ratio* della clausola solidaristica, il progetto vuole evidenziare talune applicazioni pratiche, al fine di comprendere l’operare dell’art. 2 della Cost. e far emergere la c.d. “tendenza inversa”.

Si evidenzierà come la clausola di solidarietà stia avendo un impatto dirompente sul sistema della responsabilità civile, in particolare sull’operatività del rimedio risarcitorio azionabile dalla vittima dell’illecito. Il principio solidaristico, operante sia in campo contrattuale che aquiliano, si sta rivelando uno strumento in grado di vagliare l’equilibrio sinallagmatico della prestazione tanto risarcitoria, conseguente ad un illecito extracontrattuale, quanto contrattuale.⁷⁷ Essa opera riducendo il danno accordato alla vittima dell’illecito, in funzione della concorrente responsabilità di questa.

Analizzando gli effetti della solidarietà nel sistema della responsabilità civile si può scorgere, come poc’anzi accennato, una nuova “tendenza inversa” del principio di solidarietà, che prende timidamente le mosse dalle Sezioni Unite San Martino: se per un verso hanno portato ad una visione lata del risarcimento del danno non patrimoniale, ammettendolo per ogni lesione di un diritto costituzionalmente garantito, ancorché non individuato da un’espressa disposizione normativa, per altro verso hanno posto il c.d. “filtro bagatellare”. Se da un lato la tutela risarcitoria è ammessa purché la situazione giuridica soggettiva di cui si chiede tutela rientri nel catalogo aperto di cui all’art. 2 Cost., ad onta della stretta tipicità proclamata dall’art. 2059 c.c., per altro verso essa

⁷⁷ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, 1998, 2; G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, 67- 68. La Responsabilità civile è infatti categoria generale e dovrebbe comprendere sia la responsabilità contrattuale sia extracontrattuale, anche se talvolta, secondo l’A. è invalsa la prassi di identificare la Responsabilità civile esclusivamente con la responsabilità extracontrattuale.

verrà risarcita solo ove la lesione superi la normale “tollerabilità”, sancendo così un primo freno alla proliferazione risarcitoria.

Ci si interroga però circa il fatto se, secondo i nuovi sviluppi pretori, vi sia davvero un’inversione di tendenza. Se cioè si stia progressivamente facendo largo l’idea che, proprio in virtù della clausola solidaristica, il danneggiato sia costretto a sopportare una parte del danno patito. Tale fenomeno si evidenzia in primo luogo nello stesso sistema di quantificazione del danno per la vittima dell’illecito ed è stato recentemente sottoposto al vaglio della Consulta, al fine di decretare o meno la legittimità costituzionale del sistema tabellare di quantificazione del danno che imporrebbe una limitazione solidaristica dello stesso.

Vagliando l’attuale panorama della responsabilità civile sono numerosi gli esempi di tale fenomeno non solo nelle attività lecite - ma dannose - in relazione alle quali è accordato appunto un rimedio indennitario, anziché risarcitorio, ma anche nell’esercizio di un’attività completamente lecita, come l’esecuzione di un’obbligazione dedotta all’interno di un vincolo contrattuale. In tale ipotesi la funzione della clausola di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. funge da limite interno all’esercizio del diritto sulla scorta della considerazione che non esiste nell’ordinamento l’esercizio di un diritto privo di limiti. Il limite intrinseco è l’esercizio dello stesso in modo solidale, che impone al suo titolare la buona fede ed il divieto di abusarne, i quali trovano fondamento proprio nel principio di solidarietà ed impongono al creditore un *duty to mitigate* nei limiti di un sacrificio non eccessivo. Tuttavia, l’analisi in oggetto si concentra nel vagliare le ipotesi del fenomeno sì descritto nell’ambito extracontrattuale, ancorché vi siano zone di confine tra responsabilità aquiliana e da inadempimento in cui lo stesso principio opera analogamente, è il caso della responsabilità precontrattuale e quella da contatto sociale qualificato, che vedono ormai da doversi anni concentrarsi l’attenzione di dottrina e giurisprudenza nel decretarne la natura di tali istituti.

Dalle brevi considerazioni esposte, si evidenzia dunque come la clausola solidaristica permei l’intero sistema di responsabilità civile e non solo a livello nazionale, ma anche sovranazionale. Il valore della solidarietà è ben presente anche nel Draft Common Frame of Reference (DCFR) tra i principi Unidroit.⁷⁸ L’analisi

⁷⁸ E. BATTELLI, *Il nuovo Diritto europeo dei contratti nell’ambito della Strategia “Europa 2020”* in *I Contratti*, 2011, 1065, J. M. BONELL, *I Principi Unidroit – Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 231, E. FERRANTE, *Diritto privato europeo e Common European Sales Law (CESL). Aurora o crepuscolo del codice europeo dei contratti?* in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, 461; M. FRANZONI, *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, in *Contratto e impresa Europa*, 2012, 350.

comparativa evidenza come anche altri sistemi (quale quello francese e tedesco) stanno conoscendo un impatto sempre più innovativo del valore solidaristico. Si consideri che la stessa funge da vero e proprio controlimite per l'operare delle norme CEDU nel sistema interno ai singoli stati. Lo stesso divieto di abuso del diritto, nato in Francia, è oggi collegato non più al divieto di atti emulativi, bensì direttamente alla previsione di cui all'art. 2 Cost., a sottolineare come non vi sia più sottesa solo una visione in negativo, comportante il divieto di agire con dolo, bensì un'obbligazione positiva di esercitare il diritto in modo solidale. Quanto agli obblighi attivi imposti dalla solidarietà a causa della tenenza espansiva del fenomeno, ci si interroga circa la possibile sussistenza – negata sino ad oggi - di un obbligo di soccorso solidaristico anche per soggetti non gravati da una posizione di garanzia, e quindi per i soggetti privi di un obbligo di agire.

Dall'analisi dell'operare della clausola solidaristica, avuto riguardo non solo al sistema interno, ma anche a quello sovranazionale, emerge un utilizzo della stessa quale “valvola di sicurezza” per adattare un sistema pressoché rigido alle esigenze innovative di flessibilità che muovono dal basso.

2.2. *Solidarietà e ingiustizia del danno nell'illecito aquiliano. Il risarcimento “solidale”.*

Prima di addentrarsi nell'analisi della struttura dell'illecito aquiliano è necessario porre l'attenzione sul fatto che la nozione stessa di “danno ingiusto” è intrisa da un'accezione solidaristica in base alla quale può dirsi tale, solo il danno “*solidaristicamente* ingiusto”.⁷⁹

Ed invero, la solidarietà incide non solo nell'*an* della responsabilità civile, nei termini che di qui a poco si approfondiranno, ma anche, una volta individuato il fatto illecito, ai fini del *quantum* risarcitorio.

Ciò posto, ed evidenziato il collegamento tra la solidarietà ed il fatto illecito, il secondo riferimento al concetto di solidarietà lo si ritrova nell'intima configurazione della nozione stessa di danno ingiusto, di cui all'art. 2043 c.c.

Anche se è possibile tracciare un filo conduttore dei diversi impieghi della solidarietà sia all'interno dei diversi istituti del Codice Civile, sia all'interno della Costituzione, in cui trova espresso riconoscimento all'art. 2, dato latamente dall'idea

⁷⁹ G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, 11 e ss.; si veda anche G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, 56.

stessa di dovere di *cooperazione* al di fuori di quanto il soggetto sarebbe obbligato a prestare, essa viene colorata di diverse sfaccettature a seconda dell'istituto in cui opera. Si consideri per l'appunto la nozione di fatto illecito, al fine di comprendere come essa possa incidere non solo sull'idea stessa di "ingiustizia" del danno bensì anche sull'ammontare del risarcimento che la vittima di esso dovrebbe poter conseguire proprio in ragione di questo obbligo di cooperare, solidalmente ed implicitamente posto, sotteso all'art. 1227 c.c.

Venendo all'illecito aquiliano, si suole dire che il nostro sistema giuridico è fondato su una clausola generale di responsabilità, dalla quale si può dedurre l'obbligo di risarcire tutti i danni arrecati ad altri, concorrendo determinati elementi costitutivi, e ciò a differenza di altri sistemi, dove tale obbligo sorge solo in ipotesi tipiche.

La clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. postula infatti il principio del *neminem laedere*, e si pone come fattispecie atipica, in grado di ricomprendere al suo interno tutte le ipotesi di danno ingiusto.⁸⁰ Con tale intendendosi il danno *non iure* (ovverosia non sorretto da alcuna causa di giustificazione) ed il danno *contra ius* (ovverosia che si pone in contrasto con l'ordinamento giuridico).

Si è osservato che il concetto di "danno ingiusto" rappresenta però una clausola generale che abbisogna di una corretta definizione di "ingiustizia": come poc'anzi accennato, se in un primo momento storico, vigente il codice del 1865, la stessa era rappresentata dalla violazione di un precetto penale, che produceva parallelamente un illecito anche civile, colorando la responsabilità civile di un tenore sanzionatorio, successivamente la nozione stessa si è affrancata dall'ambito penalistico, caratterizzandosi per un'accezione riparatoria. Da una responsabilità tipica e sanzionatoria che concepiva "ingiusto" il solo fatto illecito penalmente rilevante, si è passati ad una atipica e riparatoria, che considera tale il danno posto in essere in diretta violazione del *neminem laedere*, con crescente attenzione anziché all'autore della violazione, alla vittima dell'illecito.⁸¹ Tale "danno ingiusto" trova specifico limite nel concetto stesso di solidarietà, che non esaurisce la propria operatività in un concetto giuridico già definito ma che investe interamente la posizione dei soggetti in quanto membri della medesima comunità.

⁸⁰ C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 12 e ss.

⁸¹ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 4 e ss. Sul punto si veda anche S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in *Digesto Priv. sez. civ. V*, 95: "Il problema centrale della materia, universalmente sentito, è anzi quello di fissare il limite entro cui le conseguenze dannose possono avere rilevanza ai fini del risarcimento".

Il concetto di solidarietà permette di ridefinire quello di ingiustizia, lascia cioè sussistere un'atipicità dell'illecito civile ma ne definisce i limiti nei termini di un danno "solidalmente ingiusto". Da tale assunto se ne è desunta, con innegabile rigore, la non necessità di far luogo ad una tipizzazione legislativa di ciascun comportamento dannoso.

Del resto, che il concetto di solidarietà sia sotteso a diverse disposizioni codicistiche è fuori dubbio: lo stesso art. 1175 c.c. impone non un generico dovere di condotta morale, ma è un dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principi di solidarietà.⁸²

Questo dovere di solidarietà non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dai limiti della legittima tutela dell'interesse proprio, in modo tale che non soltanto l'atto di emulazione ne risulti vietato (art. 833 c.c.) ma ogni atto che non implica il rispetto equanime dell'interesse dei terzi, ogni atto di esercizio del diritto che nell'esclusivo ed incivile perseguimento dell'interesse pubblico urti contro l'interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali.⁸³

Lo stesso art. 833 c.c. afferma al suo interno il principio di solidarietà tra privati, che caratterizza anche la materia delle trattative contrattuali ed i contratti per adesione. Tuttavia, sebbene vi siano specifiche disposizioni codicistiche che lo sanciscano, le quali farebbero pensare ad una sorta di "settorialità" dell'operare del principio, non si può escludere, ad oggi, grazie all'evoluzione giurisprudenziale avutasi, che esso non riguardi più in generale ogni relazione giuridica tra consociati. Si tenga infatti presente che nell'attuale codice del 1942 è stata omessa la parte generale contenente le disposizioni di principio, ragion per cui il legislatore ha finito con il ricorrere frequentemente agli strumenti tipici di una parte generale, pur sotto le apparenze di norme dettate in relazione ad istituti particolari. Le regole sulla solidarietà, sebbene contenuti in luoghi diversi del codice, ben possono essere assunte come indizi di un unico principio di valutazione etico – sociale dell'esercizio dei diritti.⁸⁴

Taluni hanno sostenuto che la solidarietà possa operare solo laddove si sia già verificata una situazione di contatto giuridicamente rilevante (obbligazioni e trattative contrattuali) e dunque si tratti dell'esercizio di un diritto soggettivo (in particolare della tematica dell'abuso del diritto). Se però la si concepisse unicamente come limite

⁸² S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, 90 e ss.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ A. GHISALBERTI, *Solidarietà e statuto della persona*, in M. NAPOLI, *La solidarietà*, Milano, Vita e Pensiero, 2009, 19 e ss. Ma si veda anche C. MORTATI, *Commento all'articolo 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, art. 1-12, *Principi fondamentali*, Bologna e Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1975, 1 e ss.

generale ed interno del diritto soggettivo, si escluderebbe la possibilità di far riferimento ad essa quando non sia in questione l'esercizio di un diritto. Essa va invece concepita in termini autonomi rispetto a quest'ultimo. Come una parte della dottrina ha osservato "il diritto soggettivo arriva sino a dove comincia la sfera d'azione della solidarietà".⁸⁵

Ecco dunque che il principio di solidarietà è qualcosa di autonomo rispetto al diritto soggettivo, e da ciò può trarsi lo spunto per osservare che, se il limite della solidarietà si ritiene operante quando si esercita un diritto soggettivo, a maggior ragione a questa si può fare riferimento tutte le volte in cui esso non è esercitato, nel senso che la solidarietà protegge anche quel soggetto che potrebbe essere leso dall'esercizio di un diritto di cui è titolare un altro soggetto, che, appunto, esercitandolo, potrebbe ledere la sfera giuridica altrui. In altre parole, essa tutela anche chi non ha esercitato alcun diritto ma potrebbe essere pregiudicato dall'esercizio del diritto da parte di altri.

Non è più quindi in questione soltanto l'esercizio del diritto soggettivo, ma viene investito l'intero operare dei soggetti, giuridicamente rilevante. In questo senso, l'art. 1337 c.c. per il suo contenuto e la sua collocazione giuridica, appare il tramite attraverso il quale il criterio della solidarietà oltrepassa l'ambito circoscritto dell'obbligazione e del contratto, riferendosi così a qualsiasi relazione individuale, che eventualmente ne trascenda.

Il fatto che il principio solidaristico trovi le sue basi agli artt. 1337 e 833 c.c. non deve condurre ad accentuare il rilievo dell'elemento soggettivo in relazione alla solidarietà. È infatti improprio analizzare lo *scopo* sotteso all'833 c.c. in termini essenzialmente soggettivi, ossia dolosi, piuttosto sarebbe necessario vagliare il concreto risultato oggettivamente ottenuto da colui che ha abusato del proprio diritto. Se così è, nell'art. 833 c.c. dovrebbe rientrare l'esercizio malizioso del diritto che non provochi in concreto un danno. Similmente, la buona fede di cui all'art. 1337 c.c. non può essere considerata come un requisito del comportamento, ma è essa stessa una regola dell'agire.⁸⁶

⁸⁵ L'affermazione non è invero da tutti condivisa. Intransigente verso la figura dell'abuso del diritto è invece m. Rotondi, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss. Secondo l'A. "è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, è ciò per la contraddizione che non consente". Si veda per un confronto critico anche U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 37 e ss.

⁸⁶ S. ROMANO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, specie 169 e ss.

Se infatti manca nella Costituzione italiana un'enunciazione definitiva in ordine alla solidarietà, è altrettanto vero che questo principio sta a fondamento del dovere previsto dall'art. 2 della stessa.

Per comprendere a pieno il sistema della responsabilità civile, però, si giunge solo quando si considera che la concreta operatività del principio di solidarietà è legata ad uno dei requisiti previsti all'art. 2043 c.c., ossia – come visto - l'ingiustizia del danno. A lungo la dottrina ha legato l'ingiustizia al danno piuttosto che alla condotta, mentre la giurisprudenza è rimasta invece salda ad una concezione “soggettiva” dell'ingiustizia. Per vero, l'aver posto in diretta relazione danno e ingiustizia fa passare in primo piano il fatto obiettivo della lesione, spostando l'attenzione dall'autore alla vittima dell'illecito, e di conseguenza passando da una concezione sanzionatoria ad una riparatoria della responsabilità civile. Questo permette di valutare “oggettivamente” l'ingiustizia del danno, anziché soggettivamente come si farebbe se tale connotato venisse legato alla modalità di condotta del soggetto danneggiante. È proprio l'ingiustizia a rendere il “contatto” dell'art. 2043 c.c. illecito e dunque risarcibile. Essa funziona da criterio selezionatore delle varie situazioni di contatto sociale che possono sfociare in un danno, solo quelli “ingiusti” possono infatti essere risarciti.

È fuori dubbio quindi che porre l'attenzione al soggetto danneggiato evochi un approccio solidaristico anziché solo schiettamente punitivo, inteso quale limite generale all'operare dei soggetti. Piuttosto è da vedere se il principio di solidarietà altro non sia se non quel dovere di contegno diligente di cui si suole parlare in dottrina. Tuttavia, si osserva che se si legasse il principio in parola a quello di diligenza, la quale non può che attenere alle modalità di condotta, si finirebbe con lo svilirne lo stesso concetto. Quest'ultima clausola generale si riferisce ai casi in cui si impone ad un soggetto determinato un certo comportamento, di talché il concetto di diligenza non può che servire a valutare se questo sia stato conforme a quello imposto. A ciò si aggiunga che, qualificare come diligente un comportamento, non evita di dovere risarcire il danno ove questo sia da esso prodotto.⁸⁷ Ecco dunque che solidarietà e diligenza sono concetti diversi e che si integrano a vicenda. Sarebbe infatti erroneo riferire la solidarietà alla diligenza, perché per tal via si legherebbe l'ingiustizia alla condotta, non al danno.

La solidarietà, nel sistema di responsabilità civile così delineato, opera non solo quando tra i soggetti è già esistente una relazione giuridicamente qualificata, bensì anche quando essi si trovano in una situazione di contatto sociale, che non si può riferire

⁸⁷ C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai trattati europei*, 2015, 57 e ss.

ad ogni generica relazione intersoggettiva, ma esclusivamente a quelle che possono dirsi “giuridicamente rilevanti”. In altre parole, si parla di contatto sociale ogni qualvolta i soggetti non siano già legati da un rapporto in tal modo violato ma sia sussistente una situazione giuridicamente rilevante, in ragione della quale l’ordinamento tutela tale tipo di “contatto” per effetto dell’affidamento che esso genera. È proprio tale giuridica rilevanza che affranca il “contatto” dal mondo dell’illecito extracontrattuale, il quale comporta il solo dovere negativo di astensione sotteso al *neminem laedere*, anziché un positivo dovere di agire al fine di tutelare la posizione giuridica del soggetto con cui si viene a “contatto”.

Tale giuridica rilevanza non è circoscritta ai soli diritti soggettivi ma ad ogni situazione giuridicamente rilevante che afferisce al soggetto danneggiato. In tal modo, non si tratterà di una serie aperta di casi di responsabilità civile, nel senso che l’organo giudicante non è totalmente libero di individuare tali situazioni sulla base del momento storico sociale in cui si trova ad operare, ma conosce il limite della solidarietà in tutte le situazioni per le quali è prevista una qualsiasi forma di protezione legislativa. Sicché sarà necessario fare una comparazione tra la situazione per com’è a causa della violazione, e quella che si avrebbe avuto se il principio solidaristico non fosse stato violato.⁸⁸

Rapportata al principio di solidarietà, l’ingiustizia diviene un giudizio di valore da compiersi in modo obiettivo. A questo punto è allora necessario chiedersi se sia sufficiente la lesione dell’art. 2 Cost. al fine di integrare l’evento lesivo, ovvero se sia necessaria la lesione di una situazione giuridica soggettiva. La risposta non può che essere in tal senso: una volta lesa quest’ultima, per effetto della clausola di solidarietà scatta un obbligo risarcitorio in capo al soggetto danneggiante. Taluni potrebbero obiettare che tra gli elementi costitutivi dell’art. 2043 c.c. in alcun modo compaia l’ulteriore necessità di vagliare il rispetto del principio solidaristico. Se questo da un punto di vista prettamente formale è certamente vero, una volta verificata la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell’art. 2043 c.c. è necessario però chiedersi se vi sia stata anche la violazione del principio costituzionale di cui all’art. 2 Cost., oppure no. Non è pertanto pensabile una violazione del principio di solidarietà disgiunta dalla lesione di una situazione giuridica a cui esso si riferisce.

2.3. *La struttura dell’illecito aquiliano.*

⁸⁸ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 114 e ss.

Venendo ora all'approfondimento degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, esso si struttura in una serie di elementi rinvenibili a partire dalla stessa nozione che di esso fornisce l'art. 2043 c.c.⁸⁹ Innanzi tutto, enunciando nel suo *incipit* "qualunque fatto" esso si pone nel prisma dell'atipicità, a differenza del Codice Civile del 1865 che, postulando la responsabilità civile come derivante dalla violazione di una norma penale, conferiva ad essa una natura doppiamente tipica. La norma richiedeva infatti la tipicità del fatto (rilevano solo quelli previsti come illeciti da una norma primaria penale), nonché la tipicità del danno (o meglio, dei diritti tutelati). Con il nuovo Codice l'ingiustizia transitando dal fatto al danno, di modo tale che a rilevare sia "qualunque fatto" che cagioni ad altri un "danno ingiusto", porterebbe la responsabilità aquiliana nell'alveo dell'atipicità, mutandone peraltro la sua funzione. Essa passa dall'essere una norma secondaria con funzione sanzionatoria, che richiedeva necessariamente la violazione di una norma penale, all'essere una norma primaria con funzione riparatoria. Il precetto è tutto e solo contenuto all'interno dell'art. 2043 c.c. che impone il *neminem laedere* senza necessità di "appoggiarsi" ad un precetto penale.

Questa modifica di sistema verrà posta alla base, come si vedrà nel prosieguo, per sostenere un'insita funzione sanzionatoria all'interno della responsabilità civile, da tutti sino ad oggi vista in modo critico e ostile, ma innegabilmente fondata sullo stesso concetto di "danno ingiusto".

Ciò posto, per ben comprendere come il concetto di ingiustizia "solidale" del danno poc'anzi analizzata, ed il principio di cui all'art. 2 Cost. si combinino assieme nella responsabilità extracontrattuale, è necessario indagare la sua struttura di quest'ultima.⁹⁰

Si è visto come il concetto stesso di solidarietà sotteso alla previsione di un "danno ingiusto" determini la selezione di quei danni meritevoli di tutela, ossia tutti e solo quelli caratterizzati da tale ingiustizia, e dunque dotati del requisito strutturale previsto dall'art. 2043 c.c. Se il filtro della solidarietà lo si rinviene certamente nell'ambito del danno non patrimoniale, si consideri che in quello contrattuale, per

⁸⁹ E. FERRI, *Tutela dei diritti*, in *Commentario*, SCIALOJA, BRANCA, Milano, 1990, 22 e ss.; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al Codice Civile*, SCIALOJA, BRANCA, Bologna – Roma, 1993, 38 e ss.; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss., con commenti di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "De profundis" per il danno esistenziale*.

⁹⁰ Per meglio comprendere gli sviluppi recenti in merito alla solidarietà nella dimensione extracontrattuale si veda U. IZZO, *Nota a Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza, 22 ottobre 2014, n. 22344*, in *Il Foro It.*, 2015, (I, 2015), 1699 – 1705.

liquidare il quale si segue la c.d. teoria differenziale,⁹¹ gli unici “filtri” sono dati delle disposizioni normative di cui agli artt. 1223, 1225, 1227 c.c. E’ dunque solo per il primo tipo di danno che si sta facendo largo questo ulteriore filtro, non solo nella fase di *selezione* dei danni risarcibili bensì anche nella loro *quantificazione*, peraltro ponendosi al di fuori degli elementi costitutivi richiesti dall’art. 2043 c.c. Tale filtro, se in un primo momento ha permesso un’estensione dei danni non patrimoniali risarcibili, a partire dalle note sentenze San Martino, ad oggi si sta muovendo in una “tendenza inversa”, ossia sta fungendo da “limite” allo stesso modo di quanto fa in via preliminare l’ingiustizia sottesa al 2043 c.c.

Se certamente l’art. 2 Cost. e l’art. 2043 c.c. condividono la stessa matrice solidaristica, ragion per cui entrambi potrebbero fungere da “filtro”, il primo solo nell’*an* il secondo anche nel *quantum*, è bene notare ed evidenziare come tale doppio limite è imposto unicamente per il danno non patrimoniale non già per quello patrimoniale, il quale vede, come detto, quali unici argini gli articoli poco fa menzionati. È allora curioso, che in un sistema costituzionale che pone al centro l’individuo e la sua persona umana, questi “valga meno” in termini monetari, del suo patrimonio.

Iniziando con lo studio del primo elemento costitutivo dell’illecito aquiliano, ossia il fatto antiggiuridico, si osserva come l’art. 2043 c.c., enuncia: “qualunque fatto, doloso o colposo, che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto, a risarcire il danno”. Come si può notare, il legislatore utilizza la parola “danno” ben due volte. Nell’*incipit*, quando lo qualifica come ingiusto, e successivamente quando diviene oggetto dell’obbligazione risarcitoria. Ciò è frutto di una precisa scelta del legislatore, i due danni menzionati non sono la stessa cosa, ragion per cui il legislatore non ha utilizzato l’espressione “obbliga colui che lo ha commesso a risarcir – lo”. Si esprime infatti un doppio concetto di danno, che si esplica in due forme, entrambe necessarie: il danno evento e quello conseguenza. Il primo è inteso come un evento lesivo ingiusto, ossia la lesione di un interesse giuridicamente rilevante, il secondo è la conseguenza che subisce la vittima dell’illecito, ed esso è un elemento *ulteriore* rispetto al danno evento.

⁹¹ Per un maggiore approfondimento sul punto si veda anche C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 103, secondo il quale ha segnato “un passaggio cruciale nell’evoluzione medesima della nozione di danno, da fenomeno naturalistico-materiale calcolabile con *l’aestimatio rei*, a entità giuridico-economica, da misurare secondo il metodo dell’*id quod interest*”.

Serve pertanto un *quid pluris*: che dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante sia derivato un danno conseguenza di tipo patrimoniale (più ampio) ovvero non patrimoniale (ristretto nelle maglie dell'art. 2059 c.c.) risarcibile solo in casi tipici espressamente previsti *ex lege*, vale a dire unicamente se il danno evento si risolve nella lesione di determinati diritti che appartengono ad un catalogo semi - chiuso, grazie all'art. 2 Cost. Affinché dunque sorga l'obbligazione risarcitoria è necessario tanto una condotta *non iure*, quanto un danno *contra ius*.

Invero l'analisi va distinta a seconda che si tratti di danno patrimoniale ovvero non patrimoniale, nel quale, come si vedrà di seguito, l'art. 2 Cost. esplica tutta la sua forza espansiva.

Per quel che concerne il danno patrimoniale, ai fini della sua sussistenza è sufficiente qualsiasi danno ingiusto: è tale ogni evento che lede un interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela anche se non protetto come diritto soggettivo ovvero interesse legittimo. Si è infatti superato il principio di tipicità del danno che contemplava il solo risarcimento del diritto soggettivo, grazie alla storica sentenza delle Sezioni Unite 500/1999. Successivamente a questa prima apertura, il concetto stesso di ingiustizia è stato allargato, fino a ricomprendervi situazioni quali il possesso, l'aspettativa, la *chance*, fino a proclamare la risarcibilità di qualsiasi interesse purché non di mero fatto.

Se dunque, l'ingiustizia poc'anzi descritta ha in un primo momento rappresentato un filtro alla risarcibilità del danno, esso si è progressivamente ampliato oltre il diritto soggettivo perfetto e l'interesse legittimo, proprio in ragione del fatto che si concepisce l'art. 2043 c.c. come una norma primaria che permette la tutela diretta di quelle situazioni giuridiche soggettive che pure non raggiungono la consistenza degli interessi tutelati dalla norma penale, ma che non di meno evocano la necessità di una piena tutela.

Tuttavia, l'illecito aquiliano non è totalmente atipico, non è infatti sufficiente qualsiasi interesse meritevole di tutela. La scelta del legislatore, insita nell'art. 2043 c.c., di subordinare il risarcimento del danno patrimoniale alla condizione che a monte vi sia un danno ingiusto – quindi la lesione di un interesse qualificato – era una scelta che si collocava in una stretta adesione al Codice Civile francese e a quello tedesco, presi a modello dal Codice del '42: il primo non parla infatti in alcun modo di ingiustizia del danno, e dunque esso non gode del predicato “ingiusto”, di talché esso non può che essere totalmente atipico: è sufficiente una condotta *non iure*, ossia non autorizzata

dall'ordinamento, che cagioni un danno patrimoniale, non è nemmeno necessario che tale perdita sia intermediata dal danno evento, posto che si risarcisce la mera perdita economica derivante dalla condotta *non iure*, a prescindere dall'ingiustizia e quindi dall'interesse meritevole che si tutela.⁹² Accanto a questo modello vi è quello tedesco, il paragrafo 823 BGB, il quale invece tutela solo la lesione di alcuni diritti (quali quelli assoluti, reali, della personalità), tipicamente protetti da una specifica disposizione legislativa. Il sistema che ne deriva è dunque rigidamente tipizzato.

Il Codice Civile italiano si colloca in *medias res*, non contiene cioè un elenco tipico di interessi che godono di una tutela risarcitoria, ma nemmeno si struttura come un sistema totalmente atipico, quale il modello francese, che prescinde da qualsiasi filtro. Nel nostro sistema la selezione è affidata all'interprete, il quale dovrà valutare se la condotta lede un interesse meritevole di tutela e dunque un interesse normativamente qualificato. La domanda che sorge allora spontanea è chiedersi quali sono tali interessi, posto che non sono rigidamente tipizzati. Il compito di selezionarli è affidato alla giurisprudenza, che opera una valutazione che tiene conto dell'ordinamento nel suo complesso, in modo tale da operare un bilanciamento tra contrapposti interessi. Tale processo di selezione avviene per mezzo del giudizio di meritevolezza che appunto implica un bilanciamento tra la sfera del danneggiato e quella del danneggiante, che di seguito si analizzerà più nel dettaglio. Ove prevalga l'interesse della vittima si avrà una tutela risarcitoria, ove invece prevalga quello del danneggiante (nelle ipotesi di attività lecita ma dannosa) si avrà unicamente una tutela indennitaria.

Il nostro sistema risarcitorio, incardinato nell'art. 2043 c.c., non può pertanto essere votato alla completa atipicità, con la conseguenza che il giudice non potrà prescindere dall'esatta individuazione dell'interesse leso che determina l'ingiustizia. Per comprendere dunque i contorni di tale "ingiustizia", è necessario muovere dall'evoluzione giurisprudenziale avutasi con riferimento al "diritto all'integrità patrimoniale".

A partire dagli anni '80 la giurisprudenza avverte infatti la necessità di elaborare l'esistenza di un diritto individuandone l'oggetto nell'integrità patrimoniale. Ciò non è per nulla scontato, posto che solitamente oggetto di un diritto è un bene della vita specifico, non già il patrimonio nella sua totalità. La dottrina inizia così a criticare tale

⁹² C. SALVI, *La responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.* XXXIX, 1203 e ss., il quale sostiene: "La realtà è che quella di danno è una figura non pre-giuridica, né di (mera) teoria generale, ma normativa, che può quindi essere compiutamente descritta solo sulla base dei dati positivi".

opzione, posto che si verrebbe ad un'autentica *interpretatio abrogans* del requisito dell'ingiustizia sotteso all'art. 2043 c.c.

Sarebbe pertanto sufficiente, secondo la giurisprudenza, una condotta *non iure* causativa di una perdita patrimoniale, ancorché non si identifichi quale sia l'interesse patrimoniale meritevole di tutela.⁹³ Sembra così che il danno risarcito si sostanzia in una mera perdita economica, essendo sufficiente la semplice condotta *non iure*, a prescindere da un danno *contra ius*. Mancherebbe, in altre parole, il danno evento, e ciò proprio in quanto manca il danno ingiusto, ecco perché si dice che ad essere risarcita è una mera perdita patrimoniale.

Proprio per evitare questa conclusione iniqua, la giurisprudenza ha creato il diritto all'integrità patrimoniale qualificandolo come vero e proprio diritto soggettivo. Ecco dunque che ogni danno evento è anche automaticamente danno conseguenza, posto che si risolve esso stesso nella lesione del diritto all'integrità patrimoniale, cancellandosi per tal via la distinzione tra danno evento e danno conseguenza. Se in altre parole sostengo che ogni perdita patrimoniale va risarcita in quanto lede il diritto all'integrità patrimoniale, attribuisco il predicato di *ingiusto* ad un danno che non è tale, così pervenendo ad un *interpretatio abrogans* dell'art. 2043 c.c., cancellando di fatto il requisito dell'ingiustizia.

Per ovviare all'*impasse*, oggi la giurisprudenza si accontenta della lesione di un interesse ancorché non tipizzato, purché meritevole di tutela risarcitoria, recuperando per tal via la tradizionale distinzione tra danno evento e danno conseguenza, senza la necessità di sostenere il diritto all'integrità patrimoniale.

A conferma di questa tendenza a rendere l'ingiustizia del danno talvolta evanescente, vi è un'ulteriore ipotesi di c.d. *interpretatio abrogans* dell'art. 2043 c.c.: essa è data dalla lesione del diritto del credito, consacrata risarcibile a partire dalla storica sentenza Meroni.⁹⁴

Quanto alla condotta, essa può essere certamente attiva, qualche perplessità sussiste invece in merito a quella omissiva, la quale potrebbe darsi solo ove si considerasse l'art. 2 Cost. una norma immediatamente precettiva che imponga, del pari

⁹³ Si consideri a tal proposito il noto caso De Chirico.

⁹⁴ Nella storica Sentenza Meroni, per effetto dell'uccisione di un debitore di una prestazione infungibile, il danno viene lamentato non dalla vittima diretta (l'ucciso), bensì dal creditore, soggetto terzo rispetto alla vittima materiale, che non se ne può più servire. Di qui la tutela aquiliana del diritto di credito, *ex art. 2043 c.c.* Sul punto si veda anche F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964. Si veda sul punto anche F. D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato del principio*, in *ivi*, 1987, 283 e ss.; C. CASTRONOVO, *Inattuazione della prestazione di lavoro e responsabilità del terzo danneggiante*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 369 e ss.

alla posizione di garanzia di cui all'art. 41 c.p. per la responsabilità penale, un obbligo solidaristico di attivarsi, ancorché in assenza di tale posizione di garanzia, al fine di impedire la produzione dell'evento dannoso. Nell'ambito civilistico il "fatto" di cui all'art. 2043 c.c. tutte le volte in cui lo si considera in termini omissivi, si connota per il crisma dell'atipicità, ed esso è dato appunto dall'operare della clausola di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Nell'ambito penalistico il "fatto omissivo" può invece sussistere solo ove vi sia una posizione di garanzia, esso dunque è rigorosamente tipico. Per vero non vi è unanimità di vedute al riguardo, e si contrappongono sul punto opposte teorie, che di seguito verranno analizzate più approfonditamente. In particolare, ove si ammettesse una responsabilità extracontrattuale di tipo omissivo, la clausola di cui all'art. 2 Cost. porterebbe ad un ampliamento della responsabilità da fatto illecito, con conseguente ampliamento di tutela risarcitoria per la vittima di esso, in chiara "tendenza espansiva".

Si consideri però che il "fatto" di cui all'art. 2043 c.c. si sostanzia necessariamente in un comportamento, e in ciò il "fatto civile" non si può dire differente dal "fatto penale", che, del pari, postula necessariamente un'azione od un'omissione, in omaggio al principio di materialità e, ancora prima, di colpevolezza, *ex art. 25 Cost.* Quando infatti il legislatore, nell'ambito della responsabilità civile introduce forme di responsabilità oggettiva, ovvero presunzioni di responsabilità sta prevedendo ipotesi eccezionali in cui non è necessario né un comportamento attivo né omissivo. In altre parole, questo porta a dire che possono esistere – eccezionalmente – fatti senza comportamenti: si consideri ad esempio la responsabilità per danno da cose in custodia, prevista all'art. 2051 c.c., dove il "fatto" di cui all'art. 2043 c.c. non è un comportamento bensì una relazione con la *res*, di conseguenza il proprietario risponde dei danni derivanti dal dinamismo della *res*, a prescindere da un comportamento. Non si sta prevedendo una presunzione di colpa (vincibile dimostrando la diligenza), bensì una presunzione di responsabilità (vincibile mediante la dimostrazione della mancanza di causalità tra la *res* ed il danno).

Lo stesso si può dire per la responsabilità da custodia di animale, che si sostanzia in una responsabilità oggettiva anch'essa, il fatto in questo caso è il comportamento dell'animale, non rileva alcun comportamento attivo od omissivo del suo custode, salvo valutarne una responsabilità, appunto oggettivamente, per non avere custodito

l'animale. Il "fatto" di cui all'art. 2043 c.c. è poi più ampio del "fatto" penale, posto che può essere sia istantaneo che permanente.⁹⁵

Per quanto concerne invece l'elemento soggettivo del dolo e della colpa è bene preliminarmente analizzare i rapporti tra l'imputabilità, la colpa e la c.d. *actio libera in causa*.⁹⁶

In via di principio, l'imputabilità civile è diversa da quella penale, e tale diversità consegue alla natura riparatoria della responsabilità civile. L'imputabilità penale è strettamente tipica, come confermano le presunzioni assolute di non imputabilità di cui agli artt. 85 e ss. c.p. (vizio totale di mente, ubriachezza, età inferiore ai quattordici anni).

L'illecito civile adotta invece una clausola generale, data dall'art. 46 c.p. prevedendo una responsabilità anche per i soggetti incapaci di intendere e di volere al momento del fatto, senza tipizzare le cause di esclusione, posto che esse vanno valutate caso per caso, poiché la funzione tipicamente riparatoria dell'illecito civile postula un giudizio elastico, a differenza di quello penale, strettamente tipico. Non è pertanto imputabile, secondo la previsione normativa, il soggetto che al momento del fatto non era capace di intendere e di volere. Ma questa assenza di imputabilità, che nel sistema penale esclude una valutazione di responsabilità, nel giudizio civile opera lasciandola permanere e prevedendo, in casi specifici, che il non imputabile risponda di ciò che ha commesso mediante la corresponsione di un indennizzo, ove il sorvegliante, che in via generale risponde per l'incapace, secondo la previsione di cui al co I, non possa rispondere.

Per vero, ci si è chiesti se tale disciplina dell'imputabilità, riguardi anche il danno non patrimoniale, se cioè l'incapace risponda anche di esso, oltre che di quello patrimoniale, ovvero vi siano ragioni per diversificare i due tipi di danni. Il problema si è posto in particolare per le ipotesi di reato, nei casi in cui un'improcedibilità penale per non imputabilità, lascia comunque aperto il giudizio di responsabilità civile per quello stesso fatto. Fino a qualche tempo fa infatti, vi era la prevalenza del giudicato penale

⁹⁵ M. BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e "l'ingiustizia" del danno*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 401 e ss.; Per un'evoluzione storica sul punto si veda G. ALPA, M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito, Profili dottrinali*, Milano, 1977, e ancora si veda G. ALPA, *Responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Milano 2000.

⁹⁶ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte generale*, VI ed., Bologna, 2010, 335 e ss.; Corte d'Assise d'Appello di Trieste, n. 5 del 18 settembre 2009, in *Riv. pen.*, 2010, 70 ss., con nota di A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*.

rispetto a quello civile, e quindi per poter applicare la sanzione civile si doveva preliminarmente accertare la sussistenza del reato, secondo le regole penalistiche.

Per questo si sarebbe potuta dare una divergenza tra giudizio penale e civile in punto di imputabilità tale per cui il soggetto non imputabile penalmente, e quindi prosciolto, perché ad esempio infra-quattordicenne, può essere nondimeno civilmente obbligato al risarcimento del danno.⁹⁷ Ciò è confermato dalle stesse Sezioni Unite,⁹⁸ che hanno appunto sancito l'autonomia del giudizio civile rispetto a quello penale. Se infatti si deve accertare un reato ai fini civilistici, lo si deve fare secondo le regole proprie della responsabilità civile, e dunque secondo la nozione di imputabilità propria di questa.

Peraltro, vi è una divergenza, questa volta tutta interna all'ambito civilistico, tra l'imputabilità *ex art. 2043 c.c.* e quella *ex art. 1218 c.c.*: posto che la prima prevede in via generale che il soggetto non imputabile non sia responsabile, mentre la seconda richiede di bilanciare la tutela dell'incapace con l'affidamento dell'altro contraente, di talché non sarebbe sufficiente l'incapacità di intendere e di volere per annullare un contratto, bensì sarebbe necessario un *quid pluris*, *ex art. 428 c.c.*, il quale postula la sussistenza, a tal fine, di un "grave pregiudizio" per la persona incapace, accompagnato dalla mala fede dell'altro contraente.

Per quanto concerne l'*actio libera in causa*, ossia la situazione per la quale il soggetto si è posto egli stesso, al momento della condotta, in una situazione di incapacità di intendere e di volere al fine di commettere un reato, o di procurarsi una scusante, ci si chiede come essa si atteggi nel giudizio civile, ovvero se abbia una portata maggiore rispetto a quello penale. Essa è richiamata dall'art. 2046 ultimo co. c.c. al fine di escludere la responsabilità, stabilendo che la non imputabilità non può essere fatta valere tutte le volte che lo stato di incapacità deriva da colpa. Ciò troverebbe la sua *ratio* nella teologia morale, la quale predica che ogni soggetto deve rispondere delle sue azioni anche se si è posto nello stato di incapacità. Nel giudizio civile ha portata dunque più ampia rispetto a quello penale, posto che essa rileva non solo nel caso di "dolosa

⁹⁷ Per un approfondimento sull'imputabilità penale, ed in particolare su come le alterazioni psico – fisiche possano incidere su essa, si veda G. PAVAN, *L'imputabilità è presupposto della colpevolezza: considerazioni in ordine al rapporto tra la scelta dogmatica operata da SS. UU. 25 gennaio 2005 n. 9163 e l'estensione dell'infermità ai gravi disturbi della personalità*, in *Ind. pen.*, 2008, 308 e ss., secondo il quale tali alterazioni incidono purché dotati di comprovata gravità, cioè essi devo in concreto "avere l'attitudine a compromettere gravemente la capacità sia di percepire il disvalore del fatto, sia di percepire il significato del trattamento punitivo"; P. PIETRINI, V. BAMBINI, *Homo ferox: il contributo delle neuroscienze alla comprensione dei comportamenti aggressivi e criminali*, in G. GULOTTA, A. BIANCHI, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano 2009, 49.

⁹⁸ SSUU, 6 dicembre 1982, n. 6651.

preordinazione”, bensì anche “colposa”, di talché il soggetto che si è colposamente ubriacato, risponderà civilisticamente di tutte le conseguenze delle sue azioni.

Invero, nella portata dell’art. 46 c.c. si evidenzia un contemperamento tra la sfera del danneggiante (incapace) e quella del danneggiato. Se infatti si considera che il primo è incapace, egli non dovrebbe in alcun modo rispondere, ma così concludendo, sarebbe il soggetto danneggiato a sopportare interamente il danno, e parimenti, non sarebbe giusto far rispondere di questo un soggetto incapace, ecco perché il legislatore interviene prevedendo da un lato che il sorvegliante risponda al posto dell’incapace mediante una forma di responsabilità oggettiva o per colpa presunta, e dall’altro, qualora non sia possibile questa “sostituzione”, prevede che sia lo stesso soggetto incapace non già a risarcire, bensì ad indennizzare il danneggiato. Vediamo dunque il perché di questo assunto.⁹⁹

Al fine di meglio comprendere come si atteggi l’elemento soggettivo dell’illecito aquiliano è bene porsi due quesiti: il primo riguarda il rapporto tra imputabilità e colpa, il secondo concerne la differenza sussistente tra colpa contrattuale e colpa aquiliana. In particolare, ci si chiede se l’imputabilità sia il presupposto della colpa, o se siano requisiti differenti, di modo tale che la mancanza di imputabilità lasci comunque sussistere la colpa. Una prima tesi, in armonia con l’impostazione penalistica, ritiene che l’imputabilità sia il presupposto della colpa, e a maggior ragione, del dolo.

La dottrina critica però tale impostazione, ritenendola corretta solo ove si consideri ancora la colpa in termini soggettivi, come rimprovero psicologico. Tuttavia, nel giudizio civile la concezione di colpa si è oggettivizzata e normativizzata, posto che ad oggi essa si sostanzia unicamente nella difformità del comportamento rispetto ad una regola. Di conseguenza, seppure il soggetto è malato di mente, ciò non toglie che esso abbia comunque violato un precetto legale, a prescindere dal dato soggettivo

⁹⁹ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La responsabilità civile del sorvegliante dell’incapace naturale*, in *La responsabilità civile*, a cura di Cendon, Torino, 1998, 13 e ss.; e ancora a proposito della responsabilità del sorvegliante si veda Cass., 24 maggio 1997, n. 4633, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 834: «L’ampiezza dell’obbligo di sorveglianza dei soggetti incapaci di intendere o volere (art. 2047 c.c.) è da rapportare alle circostanze di tempo, luogo, ambiente, pericolo, che, considerando altresì la natura e il grado di incapacità del soggetto sorvegliato, possono consentire o facilitare il compimento di atti lesivi da parte del medesimo». Si veda anche Cass., 20 gennaio 2005, n. 1148, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, f. 1; “Qualora la responsabilità del genitore per il danno cagionato da fatto illecito del figlio minore trovi fondamento, essendo il minore incapace di intendere e di volere al momento del fatto, nella fattispecie autonoma di cui all’art. 2047 c.c. e non in quella di cui all’art. 2048 c.c., incombe sul genitore del danneggiante la prova dell’affidamento ad altro soggetto della sorveglianza dell’incapace. Detta prova è particolarmente rigorosa, dovendo egli provare di non aver potuto impedire il fatto e quindi dimostrare un fatto impeditivo assoluto”.

dell'incapacità di intendere e di volere. Quando infatti l'art. 2046 c.c. attribuisce al sorvegliante la responsabilità per il danno dell'incapace presuppone che questi abbia commesso un fatto illecito, *ex art.* 2043 c.c. Se infatti non vi fosse fatto illecito, non vi sarebbe alcuna responsabilità per costui.¹⁰⁰

Emerge allora che la colpa prescinde dall'imputabilità, e quindi anche il non imputabile può essere in colpa per avere violato un precetto normativo. Per quanto riguarda invece la responsabilità oggettiva, taluni osservano che questa, prescindendo dalla colpa, a maggior ragione dovrebbe prescinde dall'imputabilità. La *ratio* della non addebitabilità del danno per il soggetto non imputabile è che esso non ha percepito il disvalore della propria azione, e pertanto, in coerenza con la funzione riparatoria dell'illecito civile, esso non può essere chiamato a rispondere. Ma nella responsabilità oggettiva non è necessario alcun comportamento da parte di questi, di conseguenza non rilevarebbe in alcun modo l'incapacità di rendersi conto del suo disvalore. Di conseguenza oggi l'oggettività della colpa non presuppone più la colpevolezza e dunque l'imputabilità, in chiara e netta antitesi rispetto al sistema penalistico di responsabilità.

Del resto, la colpevolezza civile è profondamente diversa dalla colpa penale. Nel campo civile la colpa è solo uno dei criteri di imputazione della responsabilità, essendo possibili forme di responsabilità oggettive (e dunque responsabilità senza colpa) e per fatto altrui, coerentemente con la logica riparatoria. Il sistema penale, *ex art.* 42 co III c.p. esclude ogni forma di responsabilità oggettiva, coerentemente con il principio costituzionale di colpevolezza di cui all'art. 25 Cost. In tale sistema poi, l'elemento psicologico generale è il dolo, essendo eccezionali e dunque tipiche le forme di responsabilità per colpa.

Nel sistema civile, è invece indifferente che sussista un atteggiamento doloso ovvero colposo, ciò che importa è che vi sia un danno provocato da un comportamento colpevole.

Nel sistema penale questa differenza di elemento soggettivo rileva non solo nel *quantum* risarcitorio cui è obbligato l'autore del fatto illecito, bensì anche ai fini dell'*an*, posto che in mancanza di una fattispecie di reato che sanzioni la condotta a titolo di colpa, il soggetto deve dirsi esente da responsabilità, la logica civile postula invece un'indifferenza sia in termini di *an* che di *quantum* dell'elemento soggettivo. In via

¹⁰⁰ F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, 239. In giurisprudenza, cfr. Cass., 12 dicembre 2003, n. 19060, in *Giust. civ. mass.*, 2003, f. 12: "L'accertamento in sede penale della mancanza di prova della colpa dei soggetti tenuti alla sorveglianza dell'incapace non comporta il superamento della presunzione di colpa su di essi gravante ai sensi dell'art. 2047 c.c., né costituisce prova del caso fortuito".

generale poi, la differente intensità che sussiste tra dolo e colpa rileva solo in ambito penale, posto che in quello civile sono eccezionali le norme in cui si richiede ai fini della sussistenza di una responsabilità, una particolare gradazione di colpa: una di esse, e forse l'unica, è l'art. 2236 c.c. il quale statuisce che il professionista risponde solo per colpa grave, delimitando per tal via - mediante gradazione soggettiva - l'elemento soggettivo rilevante ai fini della responsabilità.¹⁰¹

Anche per quanto riguarda la prova della colpa i due sistemi si differenziano posto che, nell'ambito penale essa è totalmente a carico dell'accusa, stante il sotteso principio di presunzione di innocenza sino a condanna definitiva, mentre nel civile si assiste alla presenza di presunzioni di colpa, allegando la condotta ed avvalendosi per i fatti sintomatici a presunzioni, secondo il principio *res ipsa loquitur*, la quale postula la responsabilità di colui che ha posto in essere la condotta, quando l'evento sia così *anomalo* rispetto all'azione da non essere spiegabile se non alla luce di una condotta colpevole. A tal riguardo è bene precisare una distinzione, nell'ambito della responsabilità *ex art. 1218 c.c.* la colpa si presume, posto che l'inadempimento è per definizione "colpevole", mentre nell'ambito della responsabilità *art. 2043 c.c.* la colpa va appunto dimostrata dal danneggiato.¹⁰² Sono eccezionali infatti le norme che escludono la rilevanza della colpa lieve o lievissima, si pensi a tal riguardo al Decreto c.d. "Balduzzi" in tema di responsabilità medica, il quale postula che il professionista che si sia attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche di condotta, non risponde per colpa lieve.¹⁰³

¹⁰¹ M. ZANA, *Responsabilità del professionista*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, 4 e ss.; si veda anche Cass. civ. sez. III, 1 agosto 1996, n. 6937: "La disposizione di cui all'art. 2236 c.c. che, nei casi di prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, limita la responsabilità del professionista ai soli casi di dolo o colpa grave - non trova applicazione ai danni ricollegabili a negligenza ed imprudenza, essendo essa circoscritta, nei limiti considerati, ai casi di imperizia ricollegabili alla particolare difficoltà di problemi tecnici che l'attività professionale, in concreto, renda necessario affrontare". Si veda anche NAPPI C. SAUNIE, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1091 e ss. Per un maggiore approfondimento sul punto si veda F. D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 649 e ss.; Cass. 24 maggio 2006, n. 12362; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Corriere giur.*, 2006, 914, con nota di CARBONE, *Responsabilità medica*; Cass. 21 giugno 2004, n. 21488.

¹⁰² G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, 2009, 11 e ss.

¹⁰³ La Cassazione penale ha, infatti, ribadito che l'art. 2236 c.c. riguarda solo il risarcimento del danno in sede civile e che esso non si può "trasporre" in sede penale per dire che rileva penalmente solo la colpa grave del professionista. Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 26412. A. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, relazione tenuta al Convegno svoltosi ad Ischia, 13-14 aprile 2013 da parte del dott. PIETRO A. SIRENA, Presidente della IV sezione della Corte di Cassazione. Reperibile online: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=63007>.

Per quel che concerne invece l'elemento soggettivo del dolo, la distinzione di esso rispetto alla colpa ai fini civilistici è irrilevante – in via di principio - sia per quanto concerne l'*an* che il *quantum*, salvo talune ipotesi specifiche dove si richiede necessariamente un atteggiamento doloso: è il caso dell'art. 833 c.c., il quale postula atti emulativi sorretti dall'intento di nuocere, o ancora l'istituto della doppia alienazione immobiliare, ossia il caso del soggetto che aliena due volte lo stesso bene a soggetti differenti, ponendo in essere, nel secondo caso, una vendita *a non domino*, o ancora le ipotesi di concorrenza sleale. In taluni casi eccezionali incide anche sul *quantum*, basti considerare le ipotesi di cui all'art. 1225 c.c. il quale postula che in caso di dolo il soggetto risponda anche dei danni "non prevedibili", l'art. 1227 c.c., l'art. 1229 c.c. che sancisce la nullità delle clausole limitative di responsabilità per i casi di dolo o colpa grave, ed infine nell'art. 2058 c.c. ai fini del giudizio comparativo sull'eccessiva onerosità: più il soggetto è rimproverabile, più lo si obbliga a risarcire. In tutte le altre ipotesi, il dolo va inteso, secondo una definizione penalistica, quale dolo generico, posto che è sufficiente la mera volontà di porre in essere una condotta lesiva.¹⁰⁴

2.4. La comparazione: la responsabilità civile in Francia. La responsabilità extracontrattuale.

Il Codice Civile francese rappresenta il modello per l'odierno Codice Civile italiano, di qui la necessità di vagliarne la struttura¹⁰⁵. Il modello francese prevede cinque articoli fondamentali per descrivere la responsabilità extracontrattuale, essi sono gli artt. 1382 – 1386-1 e ss. del Code Civil (vecchia formulazione, oggi artt. 1240-1245),¹⁰⁶ la cui formulazione è rimasta sostanzialmente invariata nel corso dei secoli, tranne per quanto riguarda la forma di responsabilità oggettiva di cui all'art. 1242. L'art. 1240 riveste la forma di una clausola generale la quale sancisce che "qualsiasi azione umana che reca un danno ad altri, obbliga colui che l'ha commessa con colpa a risarcire il danno". L'art. 1241 stabilisce poi che ciascuno è tenuto a risarcire il danno cagionato non soltanto per fatto proprio ma anche per sua negligenza o sua imprudenza. L'art. 1242 disciplina la responsabilità di un soggetto per i danni cagionati da persone o cose

¹⁰⁴ Per un approfondimento in materia di elemento soggettivo doloso nell'ambito penalistico si veda anche FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, V edizione, 2007; si veda inoltre G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1994, 144 e ss.

¹⁰⁵ Per l'introduzione si è fatto riferimento a P. BRUN (Professeur à L'université du Savoie), *Responsabilité civile extracontractuelle*, III ed., Paris, 2014, 19 e ss.

¹⁰⁶ Dal 1 ottobre 2016, ord. n. 2016-131, 10 febbraio 2016 ha riformato il Codice Civile francese.

poste sotto la sua tutela ovvero custodia, l'art. 1243 statuisce la responsabilità del padrone per i danni causati dall'animale ed infine l'art. 1244 prevede la responsabilità del proprietario per rovina, per mancata manutenzione ovvero per un vizio di costruzione.

Ciò posto ai fini di un inquadramento generale, si tenga primariamente in considerazione che anche l'ordinamento civile francese conosce una *summa divisio* tra *responsabilité delictuelle* e *responsabilité contractuelle*, che, per il nostro sistema, ricalca la differenza tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale. Per vero il sistema francese ritiene che in realtà esse siano due facce della stessa medaglia, nel senso che entrambe obbligano a riparare il pregiudizio inferto ad altri, tant'è che secondo alcuni autori non si dovrebbe parlare di due tipi diversi di responsabilità, bensì di due diversi *regimi* della stessa.¹⁰⁷

Altri autori sostengono invece che la differenza di regime non può che testimoniare una profonda differenza di natura circa le due forme di responsabilità. Senza voler andare a scandagliare nel dettaglio le caratteristiche della responsabilità contrattuale, si tenga presente che il problema principale ai fini della presente analisi è comprendere se sussista o meno una possibilità di limitare in qualche modo la responsabilità extracontrattuale per un motivo di interesse generale, analogamente a quanto accade per il sistema italiano per il tramite dell'art. 2 Cost. Si tratta cioè di capire se anche l'ordinamento francese stia andando nella stessa direzione restrittiva di quello italiano oppure no.

A tal fine, si consideri sin d'ora che mentre per la responsabilità *delictuelle* vige un principio di "riparazione integrale del danno", che per vero come si avrà modo di vedere può essere inciso da una limitazione "per motivi di interesse generali", la responsabilità *contractuelle*, per effetto dello stesso art. 1150 del Code Civil (1231-3 nuovo art.), limita al contrario la riparazione ai pregiudizi che sono stati previsti o potevano prevedersi al momento della conclusione del contratto. Per il sistema italiano, invece, come si è avuto modo di osservare, l'art. 1225 c.c. applicabile anche in campo extracontrattuale, in virtù del richiamo espresso ad esso da parte della previsione di cui all'art. 2056 c.c., limita il risarcimento ai soli danni che potevano "prevedersi" al momento del contratto, e del pari al momento del fatto illecito.

¹⁰⁷ A. BURN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et delictuelle*, thèse Lyon, 1931 – Rappr. G. Marty et P. Raynaud, n. 447.

Il sistema francese ha recentemente conosciuto una completa modifica per quel che attiene alla responsabilità civile e, secondo parte della dottrina, non è eccessivo parlare di una vera e propria “crisi della responsabilità civile” a causa dell’uso inflazionato delle categorie di pregiudizi riparabili, analogamente a quanto è avvenuto nel sistema italiano, il quale appunto ha visto un freno con la storica sentenza delle Sezioni Unite San Martino. Il sistema francese però ha conosciuto questa inflazione a causa della convinzione che è necessario facilitare il risarcimento del danno per la vittima dell’illecito essendo una priorità assoluta per l’ordinamento giuridico. Del pari ha conosciuto lo stesso problema di individuare la reale funzione della responsabilità civile, mossa tra una funzione *indennitaria* ed una funzione *normativa*.¹⁰⁸ Oltre cioè a riparare il danno, la responsabilità civile avrebbe una funzione profilattica di dissuasione dai comportamenti pregiudizievoli. Per vero, tale ultima funzione avrebbe secondo taluni un impatto più teorico che pratico, tant’è che anche nell’ordinamento francese si parla di “pena privata” per sottolineare una funzione sanzionatoria piuttosto che riparatoria per la responsabilità in parola.

Tale idea è facilmente evincibile dalla celebre “*Théorie de la garantie de Boris Starck*”¹⁰⁹: questo autore ha infatti proposto di conferire alla responsabilità civile una duplice funzione di garanzia e di pena privata.¹¹⁰ Questa teoria postula che il diritto alla riparazione per la vittima non deve dipendere dall’apprezzamento del comportamento del danneggiante, ma piuttosto vi deve essere alla base l’idea che ciascuno ha diritto al rispetto della sua vita e della sua integrità corporale e più generalmente alla sua sicurezza materiale e morale. Si è osservato che questo potrebbe comportare una sorta di “limitazione d’agire” che creerebbe per così dire un *empasse* tra il diritto di poter porre in essere determinate condotte per autodeterminarsi nel mondo sociale e il diritto ad ottenere la riparazione per i danni che da ciò ne conseguono.

¹⁰⁸ P.G. MONATERI, *Le funzioni del risarcimento, in Il diritto civile nella giurisprudenza, I danni risarcibili*, Vol. I, a cura di Cendon, Torino, 2005. Contrario alla pluralità di funzioni della responsabilità civile è invece, C. M. BIANCA, *Diritto civile vol. V, La responsabilità*, Milano, 1994, 543 e ss., secondo l’autore il fondamento della responsabilità civile è unitario e riposa nella reazione contro l’illecito, ossia contro la violazione del c.d. *alterum non laedere*. Per vero, il confronto con il Codice Zanardelli porterebbe ad affermare una funzione sanzionatoria insita nella natura stessa della Responsabilità civile, il quale all’art. 38 statuiva: “Oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l’onore della persona e della famiglia, ancorché non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione”.

¹⁰⁹ B. STARCK, *La responsabilité envisagée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947.

¹¹⁰ S. CARVAL, thèse préc. – V. aussi, Ph. Le Tourneau n. 45 et s. (avec des nuances) – G. VINEY, rapport de synthèse du Colloque de Chambéry, *La responsabilité civile à l’aube du XXI siècle: bilan prospectif*: Resp. civ. et assur. Juin 2001, n. spécial, 86 n. 30 et ss.

Per mediare le due opposte esigenze il sistema francese ha risolto il conflitto stabilendo una gerarchia, il diritto alla vita, all'integrità corporale e materiale deve prevalere sul diritto di agire, con la conseguenza che tali danni devono essere riparati senza alcun apprezzamento in merito al comportamento del danneggiante. Di talché la vittima beneficerebbe di una sorta di "garanzia oggettiva". Tali danni, che talvolta rappresentano la normale conseguenza dell'esercizio del diritto di agire, non possono che essere indennizzati solo in presenza dell'elemento soggettivo della colpa del soggetto agente. Ciò nella considerazione che l'obiettivo principale della responsabilità civile non è tanto quello di prevenire mediante sanzione i comportamenti pregiudizievoli, bensì, secondo le parole della Corte di Cassazione "*rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage*".¹¹¹

Se così è, considerato che la sanzione civile non può essere limitata (come la sanzione penale) dal principio di legalità, teso ad individuare ben specificatamente i comportamenti che devono uniformarsi al precetto legale che impone il divieto, essa può ben svolgere un'influenza positiva generale sui comportamenti umani, di modo tale che non divengano causativi di pregiudizi per i consociati. Se allora la responsabilità civile può concedere nel sistema francese un certo "*marge bénéficiaire*" nel senso che in un'ottica sanzionatoria appunto, la vittima dell'illecito riceve un profitto, ossia ottiene una somma di denaro non già per il danno subito ma in conseguenza della necessità di punire il colpevole, pur non avendo subito alcun danno, ovvero avendolo subito in misura minore rispetto alla somma ricevuta, si osserva che ciò scardina completamente il principio di equivalenza tra il danno e la riparazione. Questo significa che la riparazione deve ristorare tutto e solo il danno patito, analogamente a quanto si sostiene nel sistema italiano per effetto del principio di integrale riparazione del danno, affiancato all'esigenza di evitare i c.d. "danni bagatellari" che non sarebbero a rigore qualificabili come reali pregiudizi.¹¹² Essi piuttosto rappresenterebbero futili pretese al solo fine di sanzionare l'autore della condotta e del pari trarre anziché un ristoro, un guadagno per un comportamento certamente illecito del soggetto che ha tenuto la condotta ma che non ha realmente causato un danno ingiusto.¹¹³ Ecco perché

¹¹¹ Cass. Civ., II sez., 28 ottobre 1954: JCP 1955, II, 8765, con nota di R. SAVATIER.

¹¹² Sul punto, in particolare sulle differenze critiche tra le varie pene private al fine di scorgere il rispetto o meno del principio di integrale riparazione del danno nell'ordinamento francese si veda C. COUTANT, LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Th. P.U.A.M., 2002, 517 e ss., ma anche B. STARK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1974, 371 e ss.

¹¹³ S. PIEDELIVRE, *La responsabilité liée à une opération de crédit*, Dr. Et patr. 2001, n. 89, 69 e ss.

dovrebbero essere sopportati secondo il dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

Risulta allora evidente che anche nel sistema francese esiste attualmente una certa resistenza ad ammettere una funzione sanzionatoria della responsabilità civile posto che il sistema dovrebbe a rigore attribuire alla vittima la sola somma per riparare il pregiudizio.

Per vero, se così è in via astratta, il progetto preliminare di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione, all'art. 1371 (ma anche l'art. 1266 dell'Avant projet) prevede espressamente la possibilità di una condanna agli "interessi punitivi", per farne beneficiare per questa parte il tesoro Pubblico, prevedendo peraltro che essi non sono assicurabili. Di qui l'enorme differenza rispetto al sistema italiano che, come visto, attribuisce direttamente alla vittima della condotta illecita la somma di denaro cui il danneggiante è costretto a pagare a titolo di danno punitivo, con il conseguente fenomeno dell'*overcompensation* poc' anzi analizzato.

La responsabilità civile in Francia può del pari assumere anche una funzione di precauzione, ed essa la si ritrova per quel che concerne le vittime dell'amianto o per effetto di altri pregiudizi ambientali o ancora per effetto dell'epidemia dell'encefalopatia spongiforme bovina. In questi casi il principio di precauzione ha assunto un vero e proprio valore di norma giuridica tanto da portare alla luce una nuova ed ulteriore funzione della responsabilità civile che ha l'obiettivo di rendere l'uomo garante esso stesso dell'esigenza di preservare l'ambiente e la salute pubblica per le generazioni future. Ecco dunque che si può individuare una vera e propria "responsabilità preventiva" ove venga trasgredito tale precetto di portata generale.

Numerosi pregiudizi sono oggi riparabili senza che la vittima debba individuare un responsabile, lo sviluppo di tali meccanismi "concorrenti" di indennizzazione è uno dei fenomeni più marcati degli ultimi anni, ed un ruolo fondamentale in questo campo è dato dalla previdenza sociale per l'indennizzo dei danni corporali.¹¹⁴ Al fine di garantirne un risarcimento è creato il fondo di garanzia o di indennizzazione secondo una "filosofia della mutualizzazione", che in ottica solidaristica accorda alle vittime "senza carnefice" una tutela risarcitoria in tutti i casi.

¹¹⁴ G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, LGDJ, III ed., 2008, n. 1. In particolare, sulla distinzione tra la responsabilità civile e gli altri meccanismi di indennizzazione si veda P. JOURDAIN, "Du critère de la responsabilité civile". *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Lextenso, 2008, 553 e ss.

Per vero tale sistema non è l'unico ad avere una matrice solidaristica, posto che anche nel sistema francese, come in quello italiano, vige la c.d. teoria del rischio creato, che impone al soggetto stesso che ha posto in essere l'attività o l'evento pericoloso - traendone o meno un vantaggio economico - di sopportarne il pregiudizio che da esso ne è derivato per i consociati a prescindere dalla sussistenza di una sua colpa nella causazione dell'evento. Tale teoria, anche per l'ordinamento francese, non si basa sull'imputazione di una colpa per il soggetto danneggiante, nemmeno sulla ricerca di una causalità, bensì unicamente sulla base di un "principio di riparazione" secondo il quale se hai creato un danno lo devi anche riparare in un'ottica prettamente solidaristica.¹¹⁵ Ciò scardina completamente l'impianto giuridico della responsabilità civile fino a renderla addirittura inconciliabile con la teoria in parola,¹¹⁶ nel senso che la logica che sottende la seconda è completamente estranea alla prima alla luce degli elementi strutturali che compongono la responsabilità extracontrattuale.

Passando dunque ad analizzarli, essi sono il pregiudizio, la colpa, la causalità. Ci sono poi le varianti della responsabilità per fatto personale e la responsabilità per fatto altrui ovvero per il fatto delle cose.

a. Il pregiudizio.

Ora, non vi è una definizione precisa del concetto di danno, la dottrina identifica il pregiudizio come la lesione di un interesse di ordine patrimoniale o extrapatrimoniale subito da una persona che può consistere in una perdita o in un mancato guadagno. Esso rappresenta la condizione necessaria per il sorgere della responsabilità civile che vuole risarcire le conseguenze patrimoniali o extrapatrimoniali che ne derivano. Esso si identifica con la lesione di un interesse "giuridicamente protetto" relativo alla sfera personale (*dommage moral*) ovvero alla sfera patrimoniale/economica del soggetto danneggiato. Ciò potrebbe erroneamente far pensare alla necessità di un pregiudizio attuale, che per essere tale deve essere "diretto" con conseguente esclusione dei pregiudizi "riflessi".¹¹⁷

¹¹⁵ F. EWALD, *La faute civile: droit e philosophie: Droits* 1987, 45 et ss., spéc. 49.

¹¹⁶ Su questo fenomeno e le sue diverse manifestazioni si veda: *La thèse désormais classique de Mme G. VINEY, Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, prèf. A. TUNC.

¹¹⁷ In particolare, circa il fatto che il danno risarcibile per la vittima possa cambiare nella sua entità a seconda di fattori quali il tempo, ossia la durata del pregiudizio, come anche l'eventuale concorso colposo del danneggiante, o ancora il contesto nel quale si verifica, ad es. a seconda che il soggetto rimanga nell'ambito familiare, ovvero sia un lavoratore, si veda sul punto F. EWALD, A. GARAPON, G. J. MARTIN, H. MUIR WATT, P. MATET, N. MOLFESSIS ET M. NUSSEMBAUM, *Les limites de la réparation du préjudice*, Paris, Dalloz, 2009, 149 e ss.

In realtà non è così: secondo una più attenta analisi, il danneggiato deve dimostrare la materialità e l'effettività di un danno, ma ciò non toglie che esso possa vedersi risarcito anche un danno "eventuale" qualora abbia perso la possibilità di vedere realizzato un evento favorevole, si tratta per l'appunto del danno da perdita di *chance*. Esso può infatti del pari avere un carattere diretto e certo, anche se la realizzazione della *chance* non è mai tecnicamente certa¹¹⁸. Ciò in quanto la perdita della *chance* non può essere paragonata alla creazione di un rischio, il cui danno ha certo invece carattere eventuale.

Affinché il danno possa trovare ristoro è necessario che l'interesse leso sia legittimo, e tale connotato è escluso per tutti gli interessi che la legge vieta in quanto contrari ad essa, all'ordine pubblico o al buon costume. A tal proposito, anche nell'ordinamento francese - come in quello italiano - si è discusso circa la possibilità di riconoscere il diritto per il nascituro a nascere sano, per tutti i casi in cui un'omessa diagnosi non abbia permesso alla madre di interrompere la gravidanza. Orbene, la Cassazione in Francia si è espressa analogamente a quanto ha fatto quella italiana nel senso di non poter ritenere la nascita in sé e per sé un pregiudizio, ove derivante da una condotta del medico che pur avendo posto in essere un intervento volto ad interrompere la gravidanza non sia di fatto riuscito a farlo correttamente. La vita che ne è conseguentemente derivata non può essere considerata quale un pregiudizio, posto che essa non può essere considerata un danno. A tal proposito così si è espressa: "*L'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse*".¹¹⁹ Può invece trovare risarcimento il fatto che il bimbo sia nato handicappato, e dunque a trovare ristoro può unicamente essere "la vita malformata", non già la vita in sé e per sé.¹²⁰

¹¹⁸ Cass. Crim., 4 dicembre 1996: Bull. crim., 1996 n. 445.

¹¹⁹ Cass. I Civ., 25 giugno 1991, n. 139.

¹²⁰ Tale tipo di pregiudizio può essere chiesto solo dopo la nascita, nel momento in cui si concretizza il pregiudizio stesso per il soggetto. Altrimenti opinando si permetterebbe di vantare un pregiudizio futuro, in quanto tale non ristorabile. Si veda sul punto R. PIRSON, A. DE VILLE, *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, T. I., Bruxelles – Paris, Bruyant – Librairie générale de droit et jurisprudence, 1935, 405 e ss., secondo il quale i pregiudizi futuri, ossia quelli domandati prima della loro realizzazione, non possono essere riparati. Questi pregiudizi non solo non sarebbero attuali, ma non esisterebbero nemmeno, di qui la non risarcibilità degli stessi. Sul punto si veda anche J.P. TRICOT, *L'évaluation de l'incertitude, Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?* Bruxelles, Larcier, 2008, 202 e ss.

Alcuni autori hanno allora proposto di considerare il problema da un punto di vista etico, suggerendo una sorta di diritto dell'embrione di non nascere per non avere una vita handicappata come del pari vi sarebbe un diritto della donna di interrompere la gravidanza, che se leso, meriterebbe ristoro ancorché a rigore la vita non possa essere considerata un danno. Si è allora iniziato a parlare di una sorta di "diritto a non nascere handicappato" piuttosto che di un "diritto a non nascere" (*L. 114-5 CASF, al. 1 :« Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance »*) analogamente a quanto accaduto nel sistema italiano.¹²¹

Proseguendo con i caratteri dell'interesse leso, esso deve essere "personale" e può riguardare la personalità fisica o morale, così come una collettività di individui, assumendo così la connotazione di un "pregiudizio collettivo".

Più nel dettaglio, ciò che può rappresentare "pregiudizio" per l'ordinamento francese è anche il "danno ecologico", da noi riportato sotto il termine "pregiudizio ambientale", che - come si è avuto modo di osservare in precedenza - rappresenta uno dei campi in cui la solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. esplica tutta la sua portata innovativa nel porre a carico di determinati soggetti l'obbligo di riparare il danno solidaristicamente, ancorché non lo abbiano effettivamente causato per il tramite di una loro condotta, in modo tale da evitare che questo vada *in toto* posto a carico della collettività, direttamente danneggiata.

Tale tipo di danno è stato individuato quale il pregiudizio causato all'ambiente, con l'espressione intendendo l'insieme delle violazioni causate all'ecosistema, alla sua composizione, alla struttura o al suo funzionamento, indipendentemente alle ripercussioni sugli interessi umani.

L'ordinamento francese considera che l'attività umana come quella industriale sono generatrici di danni talvolta irreversibili all'ambiente. A tal riguardo parla di "pregiudizio ecologico puro" inteso quale pregiudizio all'ambiente considerato in sé stesso, ancorché gli individui non ne abbiano risentito,¹²² ecco dunque che in tali casi si ha un pregiudizio senza vittima. Per il nostro sistema equivarrebbe evidentemente a considerare risarcibile un danno evento, non potendosi individuare un danno conseguenza posto che non vi è stata alcuna ripercussione sugli individui, ma solo

¹²¹ Si veda sul punto G PIGNARRE, S. PIEDELÈVRE ET PH. BRUN: RRJ 2001/2, 477 e ss., specialmente 487.

¹²² Ci si riferisce al celebre caso Erika, Cass. Crim., 25 settembre 2012, n. 10-82.938: JCP G 2012, 1243, note K. LE COUVIOR, D, 2012, 2711, note P. DELEBECQUE; RTD civ. 2013, 119, obs P. JOURDAIN.

sull'ambiente. Ci si dovrebbe allora chiedere se il riversarsi unicamente sull'ambiente possa da sé solo rappresentare un danno conseguenza.¹²³

Passando all'analisi più approfondita dei diversi pregiudizi riparabili, si osserva che anche il sistema francese, come quello italiano, ne ha conosciuto una vasta gamma, e si è verificata per l'effetto una sorta di "deriva" che anch'esso ha tentato di porre a freno mediante una classificazione, secondo la celebre "nomenclatura Dintilhac" del 2005, creata da un gruppo di lavoro guidato da Jean Pierre Dintilhac, Presidente della seconda sezione della Corte di Cassazione. Questo non rappresenta un sistema chiuso, ma un elenco delle tipologie di danni corporali che le vittime possono subire. In essa sono descritte 29 voci di danno, ripartite tra danni patrimoniali e non patrimoniali, alla vita diretta e indiretta, vi è il danno temporaneo e permanente.

A tal riguardo la *summa divisio* può essere individuata nella distinzione tra pregiudizio patrimoniale ed extrapatrimoniale, di qui la difficoltà di inquadrare correttamente il "pregiudizio morale", che se nel nostro ordinamento non può che ricondursi ad un tipo di pregiudizio non patrimoniale, nell'ordinamento francese può essere sussunto invece tanto nel pregiudizio patrimoniale quanto extrapatrimoniale.

Nel pregiudizio "patrimoniale" rientra sia il danno emergente come il lucro cessante, ed esso può derivare da un attentato alla persona ovvero alle cose/ai beni. L'attentato alla persona può del pari cagionare un pregiudizio extrapatrimoniale, *sub specie* di danno corporale (ossia fisico o morale). Rientra nel pregiudizio patrimoniale il c.d. "pregiudizio economico puro" ossia il pregiudizio di natura patrimoniale consistente nella perdita di un profitto ovvero di un'occasione di guadagno ancorché non consegua né ad un pregiudizio ai beni, né alla persona, nel quale rientra, per fare un esempio, la perdita dell'impiego per effetto di un licenziamento senza una causa reale e seria.

Per quel che concerne invece il pregiudizio "extrapatrimoniale" si è posto, analogamente a quanto accaduto nel sistema italiano, il problema di comprendere se effettivamente una somma di denaro possa riparare alla sofferenza morale, ossia si è discusso circa l'adeguatezza del denaro a rappresentare un effettivo risarcimento per la

¹²³ B. KOHL, *Moment de l'évaluation et variation du dommage. Rapport belge. Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2015, 396 e ss.

vittima di un pregiudizio che ha natura diversa. Tale eterogeneità impedirebbe cioè una reale funzione compensativa.¹²⁴

Ciò chiarito, vi sono diverse categorie di pregiudizio extrapatrimoniale: vi è quello suscettibile di essere indotto da un pregiudizio corporale, il c.d. *pretium doloris*, ed esso include il pregiudizio fisico, estetico, sessuale. Nell'ambito del pregiudizio morale si individua poi il "pregiudizio morale puro" nel quale rientrano due macro - categorie: quella del pregiudizio d'affezione (per esempio per la perdita di un'animale) ed il pregiudizio risultante da un attentato alla personalità.

Altra macro - categoria è il pregiudizio diretto ed il pregiudizio riflesso, ossia il c.d. "danno da rimbalzo", conosciuto anche nell'ordinamento italiano qualora la condotta pregiudizievole cagioni un danno "diretto" alla vittima immediatamente incisa da essa, ed altresì riflesso per i suoi parenti, i quali soffrono per la sua stessa sofferenza. Per vero, si è osservato nell'ordinamento italiano, come in quello francese, che non è esatto qualificare un danno come immediato e riflesso, posto che il concetto di danno "riflesso" evocherebbe quello di danno "mediato", non risarcibile secondo quanto disposto dall'art. 1223 c.c. che prevede la risarcibilità dei danni "immediati e diretti". Piuttosto, sarebbe più corretto indagare la problematica anziché da un punto di vista causale considerando che l'illecito può essere plurioffensivo, e dunque cagionare un danno non solo alla vittima materialmente incisa dalla condotta ma anche ai soggetti in c.d. "relazione di *proximity*" con essa.

Ulteriore distinzione è tra *dommage corporel*, *dommage moral* ossia tra danni alla persona e danni ai beni/cose, la quale designa non solo il danno alla cosa in sé, ma anche il pregiudizio economico che deriva dalla lesione della persona.¹²⁵

Si tenga sin d'ora presente che, analogamente a quanto accaduto nel sistema italiano, anche in quello francese sono state introdotte varie tabelle che consentono di avere dei parametri nella quantificazione del danno oltre che nell'individuazione dello stesso. A tal riguardo, ad esempi, la Corte d'Appello di Nimes, con sentenza 1.10.2015 n. 14/02675 ha applicato i barème della *Gazette du Palais* de 27 et 28 mars 2013, i quali tutt'ora risultano essere i più favorevoli per le vittime posto che si fondano sulla tabella di speranza di vita pubblicata dall'INSEE (*Institutional de la statistique et des études*

¹²⁴ Sull'argomento si veda L. JOSSERAND, *La personne humaine dans le commerce juridique*: D. 1932, chron. 1; G. RIPERT, *Le prix de la douleur*: D. 1948, chron. 1; et P. ESMEIN, *La commercialisation de la douleur morale*: D. 1954, chron. 113. Vedi anche R. SAVATIER, t. II, n. 527, 93.

¹²⁵ A. M. NAVEAU, *Quelques réflexions concernant le nouveau rôle du médecin-expert en droit commun, Justice et dommage corporel. Panorama du handicap au travers des divers systèmes d'aide et de réparation* (sous la dir. de J. P. BEAUTHIER), Bruxelles, Larcier, 2011, 281 e ss.

économiques) nel 2006 – 2008. Si tenga infatti presente che anche nel sistema francese la quantificazione del danno varia a seconda dell'età del soggetto e dunque della speranza di vita.¹²⁶

Per facilitare il risarcimento poi, il legislatore ha introdotto una serie di regimi speciali, mediante appositi interventi normativi, secondo una chiara tendenza “espansiva” assolutamente in contrapposizione alla tendenza “restrittiva” data non solo dagli interventi normativi, bensì anche giurisprudenziali che stanno invece caratterizzando il panorama italiano. Ci si riferisce alla L. 9 aprile 1989 per le vittime degli infortuni sul lavoro, la quale permette di chiedere un risarcimento senza dover dimostrare la colpa del datore di lavoro secondo uno speciale regime di responsabilità oggettiva.

La L. 5.07.1985 n. 677 la c.d. Legge Badinter che ha lo scopo di facilitare il risarcimento per le vittime della strada mediante un sistema di indennizzo ed una procedura transattiva volta a concludersi con un'offerta di risarcimento, la L. n. 2002-303 del 4.03.2002, ossia la c.d. Legge Anti Perruche (sentenza Corte Cassazione 17 novembre 2000, sul diritto per il bambino nato malformato di chiedere il risarcimento del danno, tra le righe della stessa Cassazione si legge infatti “*dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Madame Perruche avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues*”). L'intervento è stato poi smentito dallo stesso legislatore nell'art.1 della c.d. Loi Kouchner, n. 303, del 4 marzo 2002 in materia di “*droits des malades et à la qualité du système de santé*”, meglio nota come “Legge anti Perruche”.

b. la causalità.

Passando all'analisi del secondo requisito strutturale della responsabilità extracontrattuale, esso lo si rinviene nel rapporto di causalità. Per l'ordinamento francese, come del resto per quello italiano, dichiarare una persona civilmente responsabile significa poter a lui causalmente imputare il pregiudizio, di modo tale che a

¹²⁶ M. LE ROI, J. D LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis, 20ème ed., n. 225, secondo i quali questi pregiudizi sembrano rinvenire una natura propria che li distingue dalle classiche sofferenze fisiche e morali. La loro valutazione e quantificazione si basa sulla reale perdita di esperienza di vita. Più sarà grande, vale a dire più la vittima “viveva bene” prima dell'incidente, maggiore sarà il risarcimento del danno.

ciò possa conseguire una domanda di riparazione. Di talché la sussistenza della causalità stessa, al di fuori delle ipotesi di responsabilità oggettiva, traccia le frontiere stesse della responsabilità civile.¹²⁷

Le problematiche che l'ordinamento francese intravede nella causalità sono tutte quelle ipotesi di pluralità di cause, che l'ordinamento italiano racchiude sotto il concetto di "concause", le quali tutte concorrono alla causazione dell'evento. Anche l'ordinamento francese riconosce la sussistenza di due diversi tipi di causalità: quella materiale e quella giuridica. La prima presuppone unicamente la constatazione che un fatto ha concorso, assieme ad altri fattori, a produrre l'effetto, mentre la seconda va a scandagliare il processo che ha portato al danno, al fine dunque di individuare a quali soggetti tale danno può essere imputato, e qualora la causa del danno sia imputata a più persone, al fine di individuare la porzione di causalità (e dunque la porzione di danno) che a ciascuna può essere imputato¹²⁸.

Anche il sistema francese conosce la teoria delle concause, che prende il nome di "*théorie de l'équivalence des conditions*" la quale statuisce l'equivalenza di tutti i fattori che hanno concorso alla causazione del danno,¹²⁹ e che pertanto prendono il nome di "causa" secondo la c.d. teoria della *condicio sine qua non*. Per vero tale teoria nell'ordinamento francese è stata per certi versi criticata posto che considerare tutte le cause "equivalenti" comporterebbe un'estensione eccessiva della causalità, ed una conseguente estensione della responsabilità civile, in quanto comporterebbe la conseguenza che taluno possa rispondere, in ultima analisi, anche dei fatti illeciti commessi da altri.¹³⁰

Per quel che concerne invece la teoria della causalità adeguata, essa è conosciuta anche nel sistema francese, secondo la quale "non è causa del danno

¹²⁷ Si veda al riguardo la Tesi di C. QUÉZEL, AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Thèse Chambéry, Dalloz, 2008.

¹²⁸ Si veda al riguardo la distinzione proposta da C. QUÉZEL, AMBRUNAZ tra causalità lineare (antecedente che si instaura in un rapporto di causa – effetto) e causalità collaterale (antecedente che entra in un rapporto di causa effetto ma che lo fa per la connessione prodotta dal danno stesso). La teoria può ricalcare, se vogliamo, la distinzione tra le c.d. "serie causali autonome" ovvero la causalità sorpassante, da sola capace di produrre l'evento senza il concorso di altri fattori, e serie causali dipendenti, nelle quali si inseriscono una molteplicità di cause concorrenti, nessuna in grado di interrompere il nesso causale e quindi tutte rilevanti.

¹²⁹ Si veda a tal riguardo la tesi di C. QUÉZEL, AMBRUNAZ, cit.

¹³⁰ Si veda sull'argomento: *Causalité scientifique et causalité juridique*, in *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, Rev. Lamy dr. Civ. 2007, suppl. au n. 40, 15 e ss. ma anche C. QUÉZEL, AMBRUNAZ, thèse prec., N. 198 e ss. ed altresì Id. *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Th. Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 99.

che il fatto in grado di produrre le conseguenze *normali* delle cose”. Tale teoria è accolta con favore posto che tende a ridurre gli effetti espansivi della teoria dell’equivalenza causale poc’anzi descritta. Essa permette di eliminare dalla rilevanza causale i c.d. “antecedenti remoti”, al fine di considerare solo quelli più prossimi all’evento dannoso, di modo tale da evitare il c.d. regresso all’infinito. Essa ha inoltre il merito di separare la causalità materiale da quella giuridica, e proclama che sono rilevanti i soli accadimenti prevedibili secondo il normale corso delle cose, analogamente a quanto sotteso all’art. 1223 c.c. per l’ordinamento italiano. Si è però osservato che se la teoria dell’equivalenza delle condizioni è semplicistica e troppo estensiva, la causalità adeguata è invece complicata e troppo descrittiva. Si è allora posta alla base dell’analisi francese dell’elemento costitutivo della causalità la critica in base alla quale nessuna delle due teorie è in grado di regolare da sola la causalità.

Del resto, anche per l’ordinamento italiano è lo stesso, posto che la teoria della *condicio sine qua non* è “corretta” dalla teoria della causalità adeguata, ma nessuna di esse può funzionare in via solitaria, postulandone la necessaria combinazione. Analogamente la dottrina francese propone di uscire dall’*impasse* sostenendo che la teoria dell’equivalenza causale è utile ed utilizzabile al fine di risolvere il problema di fondo, mentre la teoria della causalità adeguata permette di “correggere” le problematiche lasciate aperte dalla prima. Essa sostiene che la teoria della causalità può operare solo ed unicamente se si è già constatata la presenza dell’illiceità della condotta, requisito questo indispensabile affinché sussista la responsabilità civile. Quest’ultima sussiste solo se l’anormalità del comportamento posto in essere si propaga sino al danno, solo ciò giustifica l’imputazione soggettiva ed oggettiva a colui che lo ha posto in essere.

Invero, secondo il Professor Dejean de la Bâtie, le limitazioni della causalità giuridica devono essere ricercati non nelle risorse di un ragionamento puramente logico e astratto, bensì mediante gli stessi principi che governano la causalità. Bisogna cioè interrogarsi in due direzioni, ossia non solo chiedersi se pur in assenza della condotta illecita il fatto si sarebbe comunque realizzato, ma anche se in assenza dell’anormalità del fatto considerato il pregiudizio vi sarebbe stato comunque.¹³¹

Inoltre, è necessario considerare che se tra la condotta illecita iniziale ed il danno si inserisce il fatto stesso della vittima o di un terzo, ciò potrebbe interrompere il nesso di causalità. L’assunto sembra evocare la previsione di cui all’art. 1227 c.c. ossia della

¹³¹ Si veda a proposito di questa teoria sempre C. QUÉZEL, AMBRUNAZ, thèse préc., 295 e ss.

cooperazione colposa del creditore nella causazione dell'evento dannoso, che per l'ordinamento italiano opera sul piano della causalità, non come evento interruttivo, bensì come concausa atta a diminuire il risarcimento accordato alla vittima.¹³²

Per l'ordinamento francese non esiste analoga ipotesi, ma esso non omette di considerare che la condotta della vittima può interrompere il nesso causale ponendosi essa stessa come causa dell'evento.¹³³

Si tenga presente che la Corte di Cassazione esercita in materia di causalità, proprio per i problemi su esposti, un vero e proprio controllo di motivazione, nella considerazione che la causalità materiale è condizione necessaria ma non sufficiente. Sulla vittima grava l'onere di provare che è intervenuto un fatto illecito del danneggiante sul processo di causazione del danno, ossia in altre parole che il danno è imputato alla condotta illecita del soggetto agente, in modo tale che senza l'intervento di tale condotta il danno non si sarebbe potuto realizzare. Non si rende necessario allora scandagliare la causalità giuridica che si impone invece un giudizio di valore che spetta al giudice, il quale può servirsi dell'art. 1353 Code Civil, oggi art. 1382 (ossia delle presunzioni) al fine di alleggerire l'onere probatorio per il danneggiato, ricordando che comunque le presunzioni devono essere gravi, precise e concordanti.

A ciò si aggiunga la c.d. "causalità presunta" che consiste nel ritenere sussistente un rapporto di causalità, ossia a trattare come certo ciò che in realtà appare solo come probabile. Le presunzioni in tali casi sono fornite non solo *ex lege* dall'art. 1382 citato, bensì esse vengono integrate da quelle di creazione giurisprudenziale.

c. la colpa.

Ciò posto, tralasciando di scendere maggiormente nel dettaglio a proposito del rapporto di causalità, si osserva che il terzo elemento costitutivo della responsabilità civile extracontrattuale è il fatto personale colpevole ("*le fait personnel fautif*"), ossia l'elemento soggettivo. Tale principio è sotteso all'art. 1240 Code Civil, il quale è considerato uno dei massimi principi della società, ossia un vero e proprio principio di ordine pubblico, il quale prevede che, al di fuori delle ipotesi eccezionali di responsabilità oggettiva, la responsabilità è "per colpa". Lo stesso così recita: "*tout ce qui blesse les droits d'un autre; il conduit même à la conséquence de la réparation du*

¹³² In particolare, per un confronto critico sul punto si veda r.o. dalq, *Traité de le responsabilité civile, vol. I., Le lien de causalité; le dommage et sa réparation, Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, 716;*

¹³³ N. DEJEAN DE LA BÂTIE, in Aubry et Rau, *Droit civil français*, s.d. A Ponsard, et I Fadlallah t. VI-2, *Responsabilité délictuelle, Libraires Techniques*, VIII ed. 1989, n. 74, 139.

tort, qui n'est que le résultant de la négligence ou de l'imprudence". Tralasciando che balza immediatamente agli occhi l'assenza, nel sistema francese, dell'imprudenza, come comportamento parimenti colpevole, ciò che è importante chiedersi è cosa si intenda con il concetto di colpa.

Innanzitutto, con essa si intende la trasgressione di un dovere giuridico, rientrando in essa "l'inadempimento di un dovere preesistente".¹³⁴ Se tale deve dirsi l'atteggiamento colposo, la dottrina francese osserva sin da subito che allora si pone il problema di individuare, mediante tipizzazione, una serie di obblighi che non devono essere trasgrediti, pena il sorgere della responsabilità civile. Ci si interroga in altre parole su come poter conciliare dunque la previsione generale del *neminem laedere* con la previsione settoriale che sembra connotare le caratteristiche dell'atteggiamento colposo. Ecco allora che si propone di interpretare l'assunto in via estensiva, inteso come obbligo di evitare qualsiasi comportamento pregiudizievole che, in quanto tale, può nuocere agli altri.

Sicuramente il concetto di colpa racchiude il comportamento che si discosta da quello che ci si può attendere da un uomo normalmente prudente e diligente.¹³⁵ Si può, più nel dettaglio, distinguere per quel che concerne la colpa civile tra un elemento materiale, uno legale e uno morale. Ora, per quel che concerne l'elemento legale o giuridico si sottolinea che la colpa non indica solo un comportamento colposo, ma anche una qualificazione operata dal giudice, sotto il controllo della Corte di Cassazione. L'elemento morale riguarda invece la capacità dell'agente di scegliere deliberatamente e scientemente la portata delle sue azioni, in altre parole la capacità di rendersi conto della conseguenza di esse. All'interno dell'elemento morale della colpa si possono distinguere due aspetti: la colpevolezza e l'imputabilità. Per vero l'esigenza dell'imputazione morale è oggi stata abbandonata.

Più nel dettaglio, per quanto riguarda l'elemento materiale non si può riscontrare nell'ordinamento francese una definizione unitaria di colpa, tuttavia si può notare come esso possa consistere, analogamente al concetto di colpa proposto dal nostro ordinamento, tanto in un comportamento attivo, quanto omissivo. Tuttavia, vi è stata per molto tempo una certa avversione della dottrina francese a ritenere colpevole il soggetto

¹³⁴ Per un approfondimento sul punto si veda: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1159982j/f324.double>

¹³⁵ In particolare, sul ruolo causale della colpa del danneggiato ai fini della quantificazione del danno che gli spetta, si veda I. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, th. dactyl, Paris I, 2011, 468 e ss. L'A. discute circa il fatto se la regola della causalità funga da complemento ovvero da elemento concorrente della riparazione in funzione della gravità della colpa.

che si è solo astenuto dal porre in essere un atteggiamento diligente, quasi a dire che è più grave la condotta di colui che si attiva rispetto a colui che omette di farlo, sebbene entrambi versino in un atteggiamento rimproverabile. Del resto, è lo stesso nodo problematico che si è poc'anzi esaminato con riguardo all'ordinamento italiano, nel momento stesso in cui ci si è chiesti se possa esistere una responsabilità per omesso soccorso difensivo, che dovrebbe essere posto in essere secondo un atteggiamento solidale del soggetto che si trova innanzi ad una situazione che richiederebbe il suo intervento, ancorché non sussista un dovere giuridico di attivarsi.

L'ordinamento francese considera l'omissione al pari del comportamento attivo, tant'è che per verificare la colpa omissiva pone alla base la stessa indagine che conduce in merito ad un comportamento attivo: ossia si chiede se tale omissione sarebbe o meno stata posta in essere da un uomo mediamente diligente. Ma, nel considerare l'incidenza di un comportamento omissivo, non si limita a vagliare l'assenza di azione che la diligenza avrebbe imposto (forse anche qui, solidaristicamente), ma va a valutare se tale omissione è stata scientemente "posta in essere" con l'intenzione di nuocere, ovvero essa sia imposta da un'obbligazione speciale di agire.

In via di principio l'ordinamento francese intende in senso estensivo il principio generale del *neminem laedere*, tanto da ritenere che il buon padre di famiglia sia chiamato non solo ad astenersi dal nuocere mediante una condotta positivamente volta a farlo, bensì anche per il tramite di una condotta che ometta di attivarsi in tal senso, quando gli è possibile.

La stessa condotta omissiva può rilevare anche se manca una norma che gli impone di attivarsi, ovvero non abbia alcuna intenzione di nuocere altri, ma abbia lui stesso cagionato il pericolo al quale la vittima è stata esposta. La medesima teoria la si ritrova nell'ordinamento italiano e prende il nome di "Teoria del rischio creato", ed essa postula che, a prescindere dall'intenzionalità di violare una regola di condotta, il soggetto che ha creato il rischio (magari traendone guadagno) deve oggettivamente sopportarne le conseguenze¹³⁶. Ne deriva che, per l'ordinamento francese, tanto una condotta attiva quanto omissiva può astrattamente rientrare nella previsione di cui agli artt. 1240 e 1241 Code Civil, sempre che sussista però in entrambi i casi, l'intenzionalità di nuocere.

¹³⁶ Sul punto si veda: Cass. Civ., 27 febbraio 1951, *D.*, 1951, 329, nota H. DESBOIS; *JCP G* 1951, II, 6193, nota J. MIHURA. In particolare, il celebre affare Branly nel senso che l'art. 1382 Code Civil e del pari l'art. 1383 possono riguardare sia un'azione attiva che omissiva, sempre che vi sia l'intenzionalità di nuocere.

Per vero, il c.d. affare Branly ha ritenuto di poter pervenire ad affermare una responsabilità omissiva, analogamente a quanto previsto nell'ordinamento italiano, solo se vi è un obbligo legale di agire (e quindi una posizione di garanzia in capo al soggetto che si astiene), ovvero sussista imprudenza nell'omettere di attivarsi. Recentemente, l'accento è stato posto anche sulla diligenza del soggetto, in funzione delle sue caratteristiche personali non tanto della sua età.

Con riferimento all'elemento giuridico della colpa, esso attiene alla qualificazione di un comportamento come "colposo" per effetto dell'interpretazione del giudice, sulla base degli elementi forniti a riprova dell'attitudine colposa di un certo comportamento. Questo elemento è posto sotto il controllo della Corte di Cassazione, tale controllo è stato in un primo tempo molto blando, ma si è intensificato negli ultimi anni. Il controllo che il giudice deve fare è analogo a quello del giudice italiano, egli cioè deve comparare il comportamento posto in essere dall'agente nel concreto caso di specie, rispetto al modello ideale astratto del "buon padre di famiglia", ovvero il c.d. "uomo ragionevole", e sussisterà colpa solo ove vi sia uno scollamento tra l'astratto modello di riferimento e quello in concreto tenuto di modo tale che quest'ultimo possa dirsi non ragionevole.

Per vagliare ciò, è chiaro che si rende necessario adottare un'analisi di tipo soggettivo la personalità dell'agente e le sue capacità. Infatti, il confronto con un modello astratto di riferimento quale quello del buon padre di famiglia, non comporta che il raffronto venga posto in essere in modo "rigido" senza il vaglio delle variabili del caso concreto, nel senso che se il soggetto che ha posto in essere la condotta è molto esperto, la sua colpa verrà vagliata con maggior rigore, se invece egli ha, ad esempio, delle disabilità che lo rendono "meno capace" dell'uomo medio, di ciò è necessario tenerne conto.

L'ordinamento francese conosce poi una distinzione tra "colpa intenzionale" e "colpa non intenzionale", che sono espresse dai concetti "*faute intentionelle*" (ex art. 1240 c.c.) e "*faute non intentionelle*" (ex art. 1241 c.c.). La distinzione ricalca quella romanistica tra delitti e quasi delitti. La colpa intenzionale è quella che vede la presenza dell'intenzionalità dell'agente nella causazione del danno, che per il nostro sistema equivale all'atteggiamento doloso. Con essa si intende non solo la volontà dell'azione bensì anche la volontà del risultato dannoso. In tal caso si pone la necessità di vagliare lo stato psicologico dell'agente non già in astratto, confrontandolo con un modello di

riferimento, secondo quanto avviene per la colpa semplice, bensì è necessario procedere ad un'analisi in concreto dell'atteggiamento soggettivo.

Ciò posto, esistono diverse forme di colpa, essa può derivare dalla violazione di una legge ovvero di un regolamento, ma anche da una norma extralegale o dalla violazione del principio di precauzione, può altresì derivare dalla violazione delle regole sportiva quando essa fuoriesce dal limite del rischio consentito (e accettato dall'atleta nel momento in cui decide di praticare lo sport). Può altresì derivare da imprudenza, negligenza ovvero altra intenzione pregiudizievole.

Tanto premesso in merito ai requisiti strutturali della responsabilità extracontrattuale nell'ordinamento francese, e tracciatene le linee generali, la questione di fondo da vagliare è se anche nell'ordinamento francese, al pari di quello italiano, sia in atto una tendenza "inversa" volta in qualche modo a limitare la tutela risarcitoria accordata alla vittima. Per indagare ciò è dunque necessario partire dal principio generale che di fondo sottende il meccanismo risarcitorio innanzi ad un illecito extracontrattuale, ed esso è rappresentato dal "principio di riparazione integrale del danno".

2.5. La causalità e la regola del "più probabile che non". L'infrazionabilità della responsabilità civile.

Tornando all'analisi del sistema interno, si è poc'anzi accennato alla causalità, ed in particolare alla teoria dell'equivalenza causale nell'affrontare la problematica delle concause, premessa necessaria al fine di indagare l'esatta consistenza del nesso causale. Come visto, il nesso causale è elemento costitutivo della responsabilità aquiliana, e ciò lo si evince dalla stessa formulazione letterale dell'art. 2043 c.c. la quale fa riferimento all'evento doloso o colposo che "cagioni" ad altri il danno ingiusto. Il verbo cagionare evoca dunque un'incidenza causalistica che deve legare la condotta all'evento. Essa va indagata su due fronti, che compongono i due diversi "segmenti" della causalità: ossia la causalità materiale e quella giuridica.

Si parte infatti dall'assunto che l'illecito civile abbisogna di due danni: il danno evento, come lesione di una posizione giuridica soggettiva rilevante *ex art. 2043 c.c.*, ed il danno conseguenza. Il primo tipo di danno, se è necessario, non può dirsi sufficiente: basti considerare la lesione dei diritti fondamentali: posto che il risarcimento ha finalità riparatoria, esso ripara non già la lesione in sé, bensì la conseguenza che ne deriva.

Di qui la sussistenza di due causalità, una materiale (che lega la condotta all'evento di danno), ed una giuridica (che lega il danno alle conseguenze dannose) e che presuppone risolta positivamente la sussistenza della prima forma di causalità.

A differenza dell'illecito penale, dove la causalità è unica, e segue le norme di cui agli artt. 40 e 41 c.p., quella civile segue regole diverse:¹³⁷ la causalità materiale si informa alle regole di causalità penalistiche, salvo il disposto di cui all'art. 1227 c.c., mentre quella giuridica segue le regole proprie dell'art. 1223 c.c.¹³⁸ Tuttavia, seppur per la sola parte della causalità materiale, il sistema civilistico si informa a quello penale, ma è necessario considerare che vi è una profonda differenza di fondo: la causalità penale unisce sempre una condotta ad un evento, in modo tale da valutare l'efficienza causale del primo sul secondo, mentre nell'ambito civile, come visto, possono darsi l'esistenza di fatti senza comportamenti, addebitati appunto oggettivamente. Essa postula un accertamento che segue la teoria della *condicio sine qua non* con il correttivo della causalità adeguata ad evitare il c.d. "regresso all'infinito", nonché, come visto, la valutazione circa la sussistenza di concause, ai sensi dell'art. 41 co. II c.p.¹³⁹

¹³⁷ Per un approfondimento in materia di "infrazionabilità della responsabilità medica si veda: U. IZZO, *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*. Esposto nell'ambito di un incontro organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura il 28 ottobre 2004. È infatti nell'ambito della responsabilità medica che si originano e sviluppano tutte le teorie che predicano la così detta regola dell'infrazionabilità (alias *all or nothing*) della responsabilità. <http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/2005/Izzo1.pdf>.

¹³⁸ In assenza di norme civili che specificamente regolino il rapporto causale, ancora occorre far riferimento ai principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p., con la particolarità che in questo caso il nesso eziologico andrà valutato non tra la condotta del soggetto chiamato a rispondere, ma tra l'elemento individuato dal criterio di imputazione e l'evento dannoso. In altri termini, mentre nella responsabilità penale il rapporto eziologico ha sempre come punto di riferimento iniziale la condotta dell'agente, in tema di responsabilità civile extracontrattuale il punto di partenza del segmento causale rilevante può essere anche altro, se in questi termini la norma fissa il criterio di imputazione, ma le regole per ritenere sussistente, concorrente, insussistente o interrotto il nesso causale tra tale elemento e l'evento dannoso, in assenza di altre disposizioni normative, rimangono quelle fissate dagli artt. 40 e 41 c.p. sul punto si veda anche SSUU 21 novembre 2011 n. 24406, secondo le quali "Secondo il primo di tali orientamenti (che fa capo all'art. 40, c. 2, c.p., nella sua valenza letterale: 'non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo'), ai fini della responsabilità per danni da condotta omissiva non è sufficiente richiamarsi al principio del "*neminem laedere*" o ad una generica anti-doverosità sociale dell'inerzia, ma occorre individuare, caso per caso, un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento che può derivare, oltre che dalla norma, da uno specifico rapporto negoziale o di altra natura che legghi danneggiato e soggetto chiamato a rispondere (Cass. 25 settembre 1998, n. 9590; Cass. 6 aprile 1992, n. 2134; Cass. 9 gennaio 1979, n. 116; Cass. 28 giugno 2005 n. 13982;). Secondo l'altro orientamento, un obbligo giuridico di impedire l'evento può derivare anche da una specifica situazione che esiga una determinata attività a tutela di un diritto altrui (Cass. 8 gennaio 1997, n. 72; Cass. 14 ottobre 1992, n. 11207; Cass. 29 luglio 2004, n.14484; Cass. 23 maggio 2006, n. 12111).

¹³⁹ P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 5; G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1998, 1007, osserva come la teoria della *condicio sine qua non* non sia applicabile, per contro, alla causalità giuridica dal momento che amplierebbe a dismisura il

La teoria della *condicio sine qua* postula la rilevanza di qualsiasi antecedente causale (attivo od omissivo) senza il quale l'evento di danno non si sarebbe verificato. Per evitare però di considerare antecedenti logici – causali tutti i fatti che possono latamente avere inciso sul processo causale, troppo remoti (si pensi alla madre dell'assassino, che partorendolo e mettendolo al mondo, potrebbe avere concorso alla causazione dell'evento lesivo da questi procurato), si adotta il correttivo della c.d. causalità adeguata” la quale permette di addebitare al soggetto solo le conseguenze normali, non anche quelle eccezionali, in modo tale da poter dimostrare *ex post* che la condotta ha causato l'evento dannoso, con essa intendendosi non già ogni antecedente logico, ma solo quello più prossimo all'evento.¹⁴⁰

Teoria che è però a sua volta criticata perché non mette in luce correttamente la differenza tra l'elemento causale e quello psicologico, introducendo profili che dovrebbero rimanere oggettivi, in quanto causalistici, che si connettono a quelli psicologici - soggettivi della “prevedibilità”, tipici del giudizio sulla colpa. Inoltre, essa reca con sé il rischio di arbitrio nel valutare la plausibilità e la normalità. Di qui l'ulteriore temperamento della causalità umana, secondo la quale vanno esclusi dall'addebito casuale tutti gli eventi non solo semplicemente atipici o improbabili, ma di carattere totalmente eccezionale e completamente sottratti alla sfera di controllo e dominio da parte dell'uomo.

A ciò va aggiunto il temperamento delle “concause sopravvenute da sole sufficienti a produrre l'evento dannoso”, *ex art. 41 co. II c.p.*, le quali interrompono il nesso causale, facendo venire meno la possibilità di legare l'evento alla condotta dannosa, e dunque escludendo l'addebito di responsabilità. Tuttavia, nonostante l'analogia dell'accertamento causale nei due sistemi, la teoria condizionalistica è stata applicata di fatto in modo differente per quanto concerne sia i contenuti sostanziali, sia i sui temperamenti. In altre parole, il grado di accertamento della sussistenza della causalità è differente nei due sistemi: in quello civile, data la logica riparatoria e la sussistenza di forme di presunzione di responsabilità, ci si accontenta di una probabilità vicino alla certezza, data da una probabilità superiore a quella opposta, ossia dal “più

numero dei fattori causali. Si veda anche K. SUMMERER, *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della condicio sine qua non*, in *Ind. pen.*, 2011, 102 e ss.

¹⁴⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2007, 253: secondo gli AA. ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p. il nesso causale dovrebbe essere escluso “in tutti i casi nei quali l'evento lesivo – ancorché legato da un nesso condizionalistico alla condotta tipica – non sia inquadrabile in una successione normale di accadimenti”.

probabile che non". Una condotta può dirsi causa dell'evento quando, più probabilmente che non, è stata essa a causarlo.

Nel sistema penalistico invece, stante la natura sanzionatoria della responsabilità, e con la presunzione di innocenza sottesa, si prevede una probabilità vicino alla certezza, riassumibile nell'acronimo B.A.R.D. (*beyond a reasonable doubt*), ossia una condotta è causa dell'evento quando "al di là di ogni ragionevole dubbio" non vi sono fattori causali alternativi rispetto ad essa, causativi dell'evento di danno.¹⁴¹

La regola del "più probabile che non" vale sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, ma, se *ex art. 1218 c.c.* è sufficiente allegare la causalità dell'inadempimento, allegare la colpa nonché la causalità, e provare l'esistenza del credito, secondo le note Sezioni Unite 2001, in campo extracontrattuale, la causalità, come tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, va invece provata, anche con presunzioni, da parte del danneggiato.¹⁴²

Si aggiunge, che la causalità materiale in sede civile non è frazionabile: se cioè un evento è causato dalla condotta colposa del debitore ma anche, in chiave concausale, dal caso fortuito, da un *factum principis* ovvero da un fatto umano altrui che non interrompono la sequenza causale, bensì concorrono a cagionare l'evento, non si può frazionare la causalità in modo tale da addebitarla in via proporzionale all'incidenza della condotta inadempitiva. Si deve infatti ritenere che, salve le eccezioni di cui all'art. 1227 co. I c.c., la regola di fondo nell'accertamento della causalità è quella dell'"*all or nothing*", ossia se la condotta, ancorché in sinergia con altre, ha cagionato l'evento, questo è interamente attribuibile al soggetto agente, salvo che le concause non abbiano interrotto il nesso causale, come ribadito dalla stessa Cassazione nel 2011 e da ultimo nel 2016. L'art. 1227 co. I c.c. nel prevedere che il concorso colposo del danneggiato diminuisce il risarcimento di un ammontare proporzionale alla sua incidenza, si pone infatti come un'eccezione al principio dell'irrelevanza delle concause e si giustifica nell'ottica di un principio di autoresponsabilità: se il danneggiato ha concausato

¹⁴¹ In realtà, il sistema italiano ha trasposto dal sistema nordamericano che ha coniato la regola B.A.R.D. un concetto giuridico per così dire simile: ossia richiede "l'alto grado di credibilità razionale" affiancato al brocardo *in dubio pro reo*. È sufficiente che il dubbio sia "ragionevole", tale cioè da mettere in crisi o appunto, in dubbio, la correttezza della ricostruzione fattuale per determinare l'assoluzione dell'imputato. Si veda in particolare sul punto D. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 951; G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, t. 1°, Milano, 2006, 406.

¹⁴² MONTANARI, VERGALLO FRATI, DI LUCA, *L'accertamento del nesso eziologico nella responsabilità medica civile tra probabilità e presunzioni*, *The evidence of causation in civil medical liability between probability and presumptions*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 06, p. 867.

l'inadempimento ovvero il fatto illecito, non è meritevole di risarcimento per la parte in cui è stato "causa del suo male". Ma essa è una norma eccezionale, in quanto tale non estendibile a concause *esterne* al comportamento colposo del creditore.¹⁴³

Inoltre, come osservato dalla giurisprudenza,¹⁴⁴ per "condotta colposa del creditore" non si fa riferimento alla puntuale violazione di norme di diligenza tipiche, ma essa va intesa in via atipica ricomprendente condotte in contrasto con i principi generali di perizia e diligenza, in modo tale da valorizzare al massimo il principio di buona fede e solidarietà sociale.

La seconda, ossia la causalità giuridica, postula la sussistenza di un danno conseguenza prescrivendo la necessaria sussistenza di un legame condizionalistico tra l'evento ed il danno sulla base delle regole causali date dall'art. 1223 c.c., il quale postula che sono causali rispetto alla condotta quei danni da questi cagionati che siano conseguenza "immediata e diretta", ovvero, per effetto di recenti interventi giurisprudenziali sul punto, anche "mediati" o "riflessi" purché conseguenze normali (e dunque prevedibili) della condotta illecita.¹⁴⁵

Per vero, l'art. 1225 c.c. prescrive la risarcibilità anche dei danni imprevedibili qualora la condotta sia stata oggetto di dolo, ma tale previsione, o meglio estensione condizionalistica, non si applica alla responsabilità extracontrattuale stante il mancato espresso richiamo da parte dell'art. 2056 c.c. all'art. 1225 c.c. La ragione di tale omissione è da rinvenire nel fatto che il 1225 c.c. facendo riferimento alla prevedibilità "al momento in cui sorge l'obbligazione", sta postulando la preesistenza di questa, trattandosi per l'appunto di responsabilità secondaria, mentre il 2043 c.c. non può fare riferimento ad alcuna preesistente obbligazione, essendo essa una responsabilità di tipo primario, ossia l'obbligo di risarcire sorge al momento stesso e per effetto del fatto illecito.

¹⁴³ A. PAGLIARO, *Il reato: parte generale*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale, II*, Milano, 2007, 380 e ss. Sul punto si veda anche F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale: il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, I ed., 1975, 311 ss. L'autore predica la necessaria sussistenza di leggi universali o quasi universali al fine dell'accertamento della responsabilità penale. Sarà poi contraddetto da Stella, il quale postula invece una frequenza inferiore, ricercando, ed in questo avvicinandosi a quanto predicherà la sentenza Franzese, un accertamento logico razionale (probabilità logica e credibilità razionale), corroborato dall'assenza di possibili spiegazioni alternativi.

¹⁴⁴ SSUU, 21 novembre 2011 n. 24406.

¹⁴⁵ Sul punto si veda F. ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la cassazione alla ricerca di un modello unitario*, in *Corr. giur.*, 2006, 263.

2.6. *Le conseguenze dell'illecito aquiliano: il danno patrimoniale ed il danno non patrimoniale. Riflessioni critiche.*

Chiarita la struttura, e parimenti la nozione di “ingiustizia solidale” che caratterizzano l'illecito aquiliano, per individuare l'*an* della responsabilità civile, è necessario ora considerare che quest'ultimo, come l'illecito contrattuale, può cagionare un pregiudizio patrimoniale ovvero non patrimoniale. Si tratta però di comprendere l'esatta definizione di tali tipi di pregiudizio e come essi vengono diversamente quantificati l'uno rispetto all'altro, e dunque vagliare il secondo aspetto poc'anzi menzionato, ossia l'ambito del *quantum* risarcitorio.

Prima dunque di analizzare il sistema risarcitorio del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale, nonché il principio di integrale riparazione del danno posto alla base di tale sistema, è bene interrogarsi sul reale significato della “patrimonialità” al fine di comprendere a pieno l'esatta nozione di “danno non patrimoniale” e tracciarne così le differenze nei due distinti sistemi risarcitori. La nozione stessa di patrimonialità serve infatti per delimitare in negativo quella di non patrimonialità, di modo tale che una volta classificato il tipo di pregiudizio si possa pervenire alla sua quantificazione secondo i rispettivi criteri e secondo i rispettivi “filtri” posti dall'ordinamento positivo e talvolta, dalla stessa giurisprudenza costituzionale.¹⁴⁶

Il Codice Civile distingue nettamente il sistema risarcitorio del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale, diametralmente opposti quanto a presupposti, senza tuttavia fornire una definizione normativa circa l'esatto significato della patrimonialità. Di qui i contributi della dottrina, impegnata in tale operazione ermeneutica, la quale ha sostenuto che “le manifestazioni di stima personale, di affetto e di amicizia [...] non possono essere oggetto di obbligazione.

Lo stesso dicasi delle nozze, dell'adozione e di altri atti del diritto di famiglia. Escludendo che questi atti possano essere oggetto di obbligazioni, la legge intende rispettare la libertà dell'uomo in quello stesso ambito che *la comune coscienza vuole sottratto alla logica del denaro*”.¹⁴⁷ Così, per converso, numerosi tentativi di definire il “danno non patrimoniale”, come “il pregiudizio che non trova criteri obiettivi di

¹⁴⁶ In senso critico sul punto si veda C. SALVI, voce *Danno*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 1989, 65. Secondo l'A. “La scelta di tutelare determinati interessi mediante il rimedio risarcitorio, pur in assenza di una perdita patrimoniale, ha in effetti un carattere in larga misura “politico” [...] Di conseguenza, il principio di tipicità assume – per il danno non patrimoniale indipendentemente dalla regola dell'art. 2059 c.c. – una pregnanza estranea all'altro modello di danno”.

¹⁴⁷ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XV ed., Milano, 2003, 92.

valutazione economica”,¹⁴⁸ o ancora come “la perdita di utilità personali di vita, insuscettibili di riconduzione ad una valutazione immediata in denaro”.¹⁴⁹ È subito evidente che la definizione di questo tipo di danno avviene in negativo, per sottrazione di tutto ciò che non rientra nel concetto opposto di “danno patrimoniale”. La definizione normativa che più si avvicina in questo compito definitorio è rappresentata dall’art. 1174 c.c. che a proposito della struttura dell’obbligazione, identifica il carattere patrimoniale della prestazione nell’essere la stessa “suscettibile di valutazione economica”.¹⁵⁰

O ancora, nell’art. 1321 c.c. si può leggere “rapporto giuridico patrimoniale”, senza però che ve ne sia una puntuale definizione. Al di là del tentativo di ricercare una definizione positiva, ciò che è certo è che si è assistito in tempi recenti ad una dilatazione del significato della “patrimonialità”, e, parimenti, l’osservazione che balza agli occhi è che lo stesso danno non patrimoniale trova come rimedio quello previsto per il danno patrimoniale: ossia il rimedio risarcitorio. Due danni diametralmente opposti che rinvergono dunque la medesima risposta da parte dell’ordinamento. Se tale è il concetto di danno patrimoniale, allora tutti i beni che possono essere ricondotti al concetto di “non patrimonialità” non possono che definirsi come “quelli insuscettibili di valutazione economica”.

Ma a ben vedere, il problema che si può e si deve porre è quello di individuare i limiti entro i quali sia auspicabile che situazioni “non suscettibili di valutazione economica” trovino quale forma tipica di tutela quella patrimonialistica, ossia il risarcimento in forma monetaria. Il che deve dirsi assolutamente particolare, se non “paradossale”, posto che tale tutela risarcitoria non viene utilizzata per ripristinare un equilibrio turbato dalla condotta illecita, secondo una formula denaro – contro – denaro, ossia volta a ripristinare la *deminutio patrimonii* causata dall’inadempimento o dalla condotta illecita, mediante una risposta sanzionatoria avente la stessa natura (monetaria) del danno da riparare, bensì si utilizza tale risposta intrisa di patrimonialità, per riparare un danno che è certo che sostanzialmente non può essere davvero riparato in forma monetaria, posto che si tratta di lenire esiti “dolorosi” derivanti dalla violazione di valori che hanno una forte componente simbolica.

¹⁴⁸ G. BONILINI, *Danno morale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V, 1989, 87.

¹⁴⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in S. MAZZAMUTO, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 486.

¹⁵⁰ D. LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006, 4 e ss. L’autrice conduce un’analisi circa l’esatto significato del concetto di “patrimonialità” e “non patrimonialità”, evidenziando le criticità di tale processo ermeneutico. Lo scritto verrà preso a modello per l’analisi.

Ci si chiede quindi fino a che punto il denaro possa valere a compensare la perdita di un arto, la sofferenza esistenziale, la perdita di un congiunto, e se possa davvero dirsi capace di avere una valenza “riparatoria” piuttosto che sanzionatoria. Si perché, a ben vedere, in questi casi il denaro sembra poter dirsi capace di provocare una certa “soddisfazione” e lenire un certo “sentimento di rivalsa” verso qualcuno che ha cagionato un danno, in modo tale che il piacere di sanzionarlo possa in qualche modo pareggiare la sofferenza fisica/morale/esistenziale che il soggetto patisce e che solo in parte (o per niente) è davvero “guarita” dal denaro.

Tuttavia, a ben vedere, se si elidesse la tutela risarcitoria il rimedio sarebbe peggiore del male, posto che l’incisione su diritti non patrimoniali non potrebbe per il semplice fatto di essere tale, avere una tutela. Di talché, si deve necessariamente accettare il rimedio risarcitorio come un “rimedio” volto in qualche modo a compensare la vittima dell’illecito, incisa il più delle volte, stante proprio il requisito della non patrimonialità che li connota, in diritti fondamentali della persona, rispetto ai quali - si è più volte sostenuto - vi deve essere almeno una tutela *minima*, ossia la tutela risarcitoria.

Questa scollatura tra rimedio e natura del male che deve trovare ristorazione è posta a fondamento della ragione per la quale inizialmente il sistema risarcitorio di cui all’art. 2059 c.c. è stato estremamente restrittivo nel selezionare quei danni ingiusti meritevoli di tutela, sia dal lato dell’individuazione della fattispecie (danno morale), sia da quello delle ipotesi di risarcibilità (condotti illecite penalmente rilevanti), finendo per allargare, successivamente, il concetto stesso di “patrimonialità” al fine di potervi ricomprendere anche situazioni a prima vista “insuscettibili di valutazione economica”. Tale concetto comprendeva inizialmente un’idea secondo la quale “patrimoniale” era solo ciò che è potenzialmente produttivo di reddito.

Per contro, una diversa impostazione estende la portata del concetto stesso di “patrimonialità” oltre i beni produttivi di reddito, ricomprendendo anche tutte le esperienze relazionali. Ecco dunque che si assiste ad un processo di progressiva dilatazione dei bisogni che accettano di essere riassorbiti entro la sfera della composizione monetaria con la conseguenza che si è giunti ad esaltare la quantificazione in (termini di) denaro di ogni aspetto dell’esperienza individuale. Culmine di tale processo le stesse Tabelle Meneghine di risarcimento del danno non patrimoniale, tabellato e dunque ricostruito in termini monetari secondo parametri

numerici ben definiti, al fine di trovare “l’esatto” o meglio “controllato” *quantum* monetario che possa ristorare un pregiudizio non patrimoniale.¹⁵¹

Vi è alla base dell’intero sistema risarcitorio una nozione di patrimonialità caratterizzata da un contenuto che racchiude un concetto *socialmente evolutivo*, ossia l’idea che possano esservi, secondo il progredire del sentire sociale, interessi o situazioni soggettive “convertibili in denaro”.¹⁵²

Non si congela pertanto un’idea statico di ciò che è monetizzabile, ma tale requisito appartiene a tutto ciò che *diviene* scambiabile sul mercato, secondo un’accezione che non viene cristallizzata in modo tassativo, ma che rimane aperta all’evoluzione del sentire sociale. Del resto, ciò non deve dirsi così assurdo, posto che la nozione stessa dell’essere “suscettibile di valutazione economica” rappresenta una clausola generale, e com’è tipico, esse sono soggette a continui ripensamenti grazie al fatto che sono caratterizzate da una certa flessibilità dei loro contenuti. Questo processo ha sicuramente portato ad un ripensamento della struttura e della natura patrimonialistica del nostro Codice Civile, oggi sicuramente più aperto alla tutela delle posizioni e delle situazioni non patrimoniali, grazie alla lettura costituzionalmente orientata dello stesso art. 2059 c.c. per effetto dell’art. 2 Cost.

Tuttavia, il problema che si pone, già accennato nell’*incipit*, è quello di ripensare criticamente l’idoneità stessa del *medium* monetario a risolvere e mediare le relazioni interpersonali. In altre parole, se per il danno non patrimoniale il denaro serve davvero a reintegrare il patrimonio mediante il ripristino dello *status quo ante*, dopo un’individuazione dello stesso *quantum* risarcitorio che passa attraverso la distinzione tra danno storico e danno giuridico, nonché alla teoria differenziale che di qui a breve si esaminerà, per il danno non patrimoniale ci si chiede se il denaro abbia davvero un valore “sostitutivo” posto che a rigore per la sofferenza patita e *patiendi* non si può certo pervenire ad un ripristino dello *status quo*, elidendo materialmente le conseguenze

¹⁵¹ Ed in proposito del danno morale si vedano le critiche effettuate dalla dottrina, secondo la quale il risarcimento dello stesso più che essere visto veramente in forma riparatoria, potrebbe considerarsi volto unicamente a punire il soggetto danneggiante, a conferma che non tutti i pregiudizi possono realmente convertirsi in denaro. M. FRANZONI, *Il danno morale*, in *Contr. e impr.*, 1990, 317, secondo l’A. “il danno non patrimoniale è un effetto ulteriore dell’illecito civile, pur collegabile al medesimo fatto, talché assume carattere strettamente complementare della sanzione penale. Ciò comporta che il risarcimento del danno morale persegue scopi di più intensa repressione e prevenzione, di per sé estranei al risarcimento del danno patrimoniale”.

¹⁵² D. LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, *op. cit.*, 5 e ss.

dannose della condotta illecita/inadempitiva,¹⁵³ ragion per cui la quantificazione di tale danno non può che avvenire in via equitativa, *ex art.* 1226 c.c. Verrebbe da chiedersi, in altre parole, se con riferimento al danno non patrimoniale la funzione assolta dal sistema nel prevederne comunque un risarcimento monetario, piuttosto che realmente riparatoria, sia invece sanzionatoria, con buona pace di quanti sostengono che il nostro sistema non ammette i danni punitivi.

A ben vedere, se da un lato l'affetto di un genitore, la felicità nel poter vedere un tramonto non si possono a rigore comperare, è parimenti vero che ci si consola molto meglio se si può ottenere una somma di denaro, che avrebbe il potere ad un tempo di punire chi ha provocato la nostra privazione e di farci acquisire "beni sostitutivi", quasi a dire che il denaro, in fondo, può comperare la nostra felicità. Del resto, però, che il carattere non patrimoniale possa rilevare ai fini del risarcimento è fuori dubbio, non solo per i diritti e i beni sui quali incide l'illecito, il più delle volte a rilevanza costituzionale, ma anche per espressa previsione legislativa posta appunto a fondamento dell'art. 2059 c.c.

Il danno non patrimoniale rileva tanto nell'ambito dell'illecito aquiliano quanto in quello da inadempimento, posto che la nozione stessa di obbligazione se da un lato prevede come oggetto una "prestazione suscettibile di valutazione economica", dall'altro ammette che essa possa soddisfare un "interesse anche non patrimoniale" del creditore, che grazie alla teoria della causa in concreto, potrà divenire oggetto di risarcimento qualora sia inciso, in disparte il permanere della possibilità oggettiva di eseguire la prestazione.

Se per un verso la distinzione tra "patrimoniale" e "non patrimoniale" non rileva tanto nel poter individuare ciò che può essere compreso all'interno della struttura dell'obbligazione, ovvero ciò che può essere oggetto di tutela per effetto dell'illecito di cui all'art. 2043 c.c., dato pressoché assodato e positivizzato, tale distinzione viene ad assumere rilievo nel momento quantificatorio del danno, come detto, e soprattutto nel momento in cui si deve porre una tutela risarcitoria della situazione non patrimoniale incisa, e più latamente, l'area dei rimedi civilistici.

¹⁵³ G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano*, in *Danno e resp.*, 1998, 729; F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997, 18 e ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, cit., 1979, II ed., 246 e ss. Sul punto, si veda anche A. DIMAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 297 ss.; Id., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2000, 218.

Nell'area del danno da inadempimento il carattere patrimoniale del danno risarcibile dovrebbe porsi quale conseguenza implicita dello stesso oggetto della lesione (il diritto di credito), ma ad oggi, grazie alla teoria della causa in concreto, sebbene l'art. 1174 c.c. sia costruito in termini patrimonialistici ("perdita subita" e "mancato guadagno"), è pressoché assodato che oggetto di tutela risarcitoria possono essere anche interessi non patrimoniali del creditore tutelati per il tramite della stessa obbligazione dedotta in contratto, come del resto confermato dalle Sezioni Unite San Martino. In tali casi, la responsabilità civile prima ancora che assolvere ad una funzione di deterrenza risulta preordinata ad attuare *coattivamente* quell'equilibrio allocativo tra patrimonio del debitore e quello del creditore, di modo tale che, ove rimasta inadempita, la prestazione può essere oggetto di richiesta di (esatto) adempimento, avendo peraltro, in caso contrario come garanzia, l'intero patrimonio del debitore sul quale soddisfarsi, *ex art. 2740 c.c.* Tale possibilità di agire in forma coattiva rappresenta del resto in ultima istanza la giuridicità del vincolo obbligatorio.

Più complessa è invece la questione dei danni cagionati dal fatto illecito per i quali il legislatore ammette espressamente una tutela risarcitoria, *ex art. 2059 c.c.* ma contemporaneamente ne afferma il carattere eccezionale.¹⁵⁴ Del resto nello stesso disegno del Codice Civile del 1942 c.c., il carattere patrimoniale ha un ruolo distintivo nella tipologia dei danni risarcibili: si riconosce infatti in via ordinaria la ristorabilità degli squilibri patrimoniali provocati dal fatto illecito, mentre si ammette una "contabilizzazione" dei danni "non suscettibili di valutazione economica" nei soli "casi determinati dalla legge", cioè solo laddove la collettività attraverso una decisione politica, valuti l'opportunità di caricare sull'istituto della responsabilità civile funzioni ulteriori rispetto al mero ripristino dell'equilibrio patrimoniale turbato dall'illecito.

Si pone dunque una profonda differenziazione tra danno patrimoniale, atipico, e non patrimoniale, prettamente tipico in un primo momento, a tipicità "relativa" dopo le aperture di cui all'art. 2 Cost., grazie al richiamo ai diritti inviolabili dell'uomo. La misura dell'obbligazione risarcitoria dipenderà dunque dall'ampiezza della lesione da rimarginare, di modo tale che per il danno patrimoniale si possa addivenire ad una trasformazione delle conseguenze del fatto illecito in obbligazione risarcitoria.¹⁵⁵ In tale

¹⁵⁴ Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 220 ss.; si veda sul punto anche C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 103 e ss.

¹⁵⁵ In particolare, sul punto si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 261 ss., 269, il quale definisce questo fenomeno come "la c.d. depatrimonializzazione del diritto privato; e, cioè, dell'evoluzione che ha trasformato il diritto privato da tecnica di regolamentazione dei soli interessi riconducibili ad una logica di mercato a

procedimento, comune del resto al danno non patrimoniale, anche se profondamente diverso negli esiti e nei criteri selettivi, si innesta la discrezionalità giudiziale volta a ricostruire l'intero assetto delle allocazioni preesistenti alla turbativa prodotta dall'illecito, nella consapevolezza che non sempre l'equilibrio preesistente sarà interamente ripristinabile (e ciò è tanto vero quanto più ci si avvicini alla natura non patrimoniale del pregiudizio), cercando però di garantire un principio di integrale riparazione del danno, ma solamente e nella misura di tale danno: *le dommage, tout le dommage, rien que le dommage*.¹⁵⁶

Del resto, se così non fosse si consegnerebbe il sistema risarcitorio ad una funzione sanzionatoria anziché realmente riparatoria, che finirebbe per arricchire il danneggiato ove appunto potesse ricevere di più di quanto effettivamente patito, e per sanzionare il danneggiante, costringendolo a pagare di più rispetto a quanto sarebbe invece chiamato a *riparare*, finendo per dare la stura a spostamenti patrimoniali non giustificati.

La novità degli strumenti civilistici moderni risiede proprio nel fatto che essi dovrebbero garantire una tutela integrale delle situazioni giuridiche protette attraverso il rimedio risarcitorio. L'ordinamento si preoccupa infatti di risarcire (dal latino *resarcire*, ossia riparare, ricucire, rimediare) ossia ripristinare un equilibrio strappato, non già ricostituire un nuovo equilibrio, fondato su valutazioni equitative, etiche o punitive afflittive. Non v'è dubbio che il rimedio risarcitorio risponda comunque in parte anche ad una tendenza preventiva e di deterrenza, posto che il timore di incorrere in una sanzione dovrebbe far desistere dal proposito di violare l'ordine giuridico.¹⁵⁷

Il denaro funge così da criterio di misurazione dell'entità incisa dalla condotta illecita ed altresì da bene sostituto della stessa. Il sistema risarcitorio però, al fine di essere totalmente efficace, esige che le entità oggetto di protezione siano suscettibili di valutazione economica, cioè idonee ad essere misurate sulla base di un parametro monetario e convertite in una somma di denaro. In altri termini, il paradigma

regola di disciplina di interessi che non si lasciano, invece, inscrivere in un circuito di valutazione immediatamente pecuniario”.

¹⁵⁶ G. TRAVAGLINO, *Il danno patrimoniale extracontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010, All. 1, 45 e ss.; G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, 67 e ss.; Sulle plurime funzioni del risarcimento del danno, cfr. D. BARBIERATO, *Il risarcimento del danno e le sue «funzioni»*, Bergamo, 2013; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010; A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. impr.*, 1998, 1144 e ss.;

¹⁵⁷ Per un approccio generale alla funzione della responsabilità civile e alle relative problematiche connesse si veda G. ALPA, *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1805 e ss.

patrimoniale costituisce allo stesso tempo presupposto di legittimazione della tecnica risarcitoria quale tecnica della reazione civilistica alla violazione del diritto, ma è anche la pre-condizione per applicare il parametro di misurazione di tale reazione. È chiaro che un sistema che voglia realmente ripristinare ciò che è stato oggetto di violazione per risultare realmente efficace dovrebbe poter confrontare entità omogenee. Una situazione giuridica che abbia ad oggetto un'entità economica non subisce alcuna vera e propria alterazione se in caso di perdita o diminuzione di valore di questa il titolare del diritto può trasformare la medesima entità in un'altra di natura equivalente, vale a dire monetaria.¹⁵⁸

Per contro, una situazione giuridica che abbia ad oggetto entità immateriali non misurabili in termini economici subisce in ogni caso un'alterazione in quanto nessuna somma di denaro può reintegrarla effettivamente *in toto*. Di qui lo spiraglio della considerazione che la risposta risarcitoria dell'ordinamento abbia nella sua intima natura una funzione punitiva anziché solo ripristinatoria.¹⁵⁹

Viene peraltro da chiedersi come debba essere declinato il principio di integrale riparazione del danno, e se possa esistere una connessione con tale problema, ovvero essa parta dall'assunto che la "conversione in denaro" della sofferenza è naturalmente parziale, in quanto appunto il denaro rappresenta un bene *sostitutivo* rispetto al dolore, ma tuttavia nel ricomprendere i pregiudizi che rilevano al fine della determinazione equitativa si deve necessariamente tenere conto di tutti i pregiudizi sofferti dalla vittima. È in quest'ultimo senso infatti che va inteso il principio di integrale riparazione del danno, diversamente non avrebbe certo potuto porsi a fondamento del sistema risarcitorio del danno non patrimoniale, stante lo "scarto" naturale, sì descritto, che sin dall'*incipit* vi è.

Ciò non impedisce comunque al principio di patrimonialità di operare anche nei casi di lesione di situazioni immateriali, basti considerare la lesione del diritto alla salute: in tali casi l'obbligazione risarcitoria è in grado di compensare i riflessi sul patrimonio derivanti dalle spese sostenute, e può persino svolgere in qualche modo un compito surrogatorio di quelle sfere della relazionalità compromesse dalla lesione. Ma è certo che la sofferenza, seppur in qualche modo "convertita" in denaro, non può essere

¹⁵⁸ A. SUPLOT, *Homo juridicus*, cit., 240 e ss.

¹⁵⁹ P. PERLINGERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 155 e ss., l'A. sottolinea l'esistenza di molteplici funzioni della responsabilità civile, ossia preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva che possono tra loro coesistere e che si ricollegano alla nozione stessa di ingiustizia; si veda anche A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1980, XVIII, secondo l'autore la funzione del risarcimento è anche riparatoria, ma soprattutto, sanzionatoria.

eliminata *in toto* mediante quello stesso ripristino dello *status quo ante* che bene si può avere per i pregiudizi patrimoniali, attraverso il risarcimento in forma specifica. L'assunto verrà meglio scandagliato nel prosieguo, nell'affrontare l'astratta ammissibilità dei c.d. danni punitivi nel nostro sistema, alla luce della classica funzione riparatoria della responsabilità civile. Funzione che, a ben vedere, impone un ripensamento a favore di una funzione in taluni casi sanzionatoria almeno per la lesione di quei diritti inviolabili che dovrebbe postulare una tutela risarcitoria anche in assenza di un danno conseguenza, come nel caso del danno tanatologico.

2.7. Il principio di integrale riparazione del danno.

Quando si parla di “integrale riparazione del danno” ci si può riferire sia al danno patrimoniale, sia a quello non patrimoniale.¹⁶⁰ Per il primo, come anche per il secondo, è necessario considerare che tale principio lascia sopravvivere ed operare una serie di norme codicistiche che sono volte a perimetrare il danno risarcito, senza porsi in contrasto con il principio dell'integrale riparazione. Tali norme, nella fattispecie quelle enucleate agli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c. non possono dirsi nemmeno in contrasto con i precetti costituzionali, posto che il principio di integrale riparazione del danno non è stato, ad oggi, costituzionalizzato. Queste norme, piuttosto, valgono a differenziare il danno “storicamente” esistente dal danno “giuridico” che è quello che viene effettivamente risarcito. Nessun ordinamento giuridico infatti accoglie un criterio condizionalistico puro, che porta a risarcire *tutte* le conseguenze di un fatto illecito. È necessario infatti vagliare tali conseguenze alla luce di una serie di parametri giuridici che da un lato garantiscono al soggetto danneggiato di avere una risposta risarcitoria, dall'altro evitano il rischio di addossare al danneggiante delle conseguenze non prevedibili secondo l'ordinaria diligenza.

Come si avrà modo di approfondire, il risarcimento del danno in campo patrimoniale segue la logica differenziale, ossia si cerca di ripristinare il patrimonio del soggetto leso ricreando quella stessa situazione giuridica esistente prima dell'illecito. In realtà, è d'obbligo una precisazione sul punto: la logica differenziale postula il c.d. principio dell'indifferenza, tale per cui il soggetto deve essere, a rigore, riportato non

¹⁶⁰ Cass. civ., 19 febbraio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1498, secondo la quale “Le stesse anticipano quello che poco dopo diranno le Sezioni Unite in tema di integrale riparazione del danno, tracciando una linea di demarcazione tra danni risarcibili e danni che invece vanno sopportati dalla vittima dell'illecito. In particolare esse statuiranno il principio secondo cui «nel nostro sistema il risarcimento deve coprire l'intero danno ma non oltre quello». (Cass., S.U., 11 febbraio 2008, n. 26972-26975).

nella situazione in cui si sarebbe trovato semplicemente eliminando l'illecito con un'operazione schiettamente negativa, bensì vi è da considerare quelli che sarebbero stati i vantaggi che questi avrebbe avuto medio tempore (es. i frutti).

Da un confronto tra il patrimonio prima e dopo l'illecito si può arrivare a determinare, tenendo conto sia del danno emergente che del lucro cessante, la somma necessaria al ripristino. Il risarcimento pertanto avrebbe una funzione satisfattiva – sostitutiva, nel senso che in taluni casi va semplicemente a riparare una lesione, è il caso del risarcimento del danno patrimoniale *ex art. 2043 c.c.* per violazione del precetto generale del *neminem laedere*, in altri casi ha funzione “sostitutiva”, nel senso che ripara le conseguenze negative che il soggetto ha subito nel proprio patrimonio per effetto della condotta rimasta inadempita, *ex art. 1218 c.c.*

Tanto la violazione dell'art. 2043 c.c., tanto quella dell'art. 1218 c.c. possono comportare un danno non patrimoniale. Lo stesso è infatti risarcibile, come si vedrà, sia in campo extracontrattuale che contrattuale, per effetto della storica pronuncia delle Sezioni Unite 2008 n. 26972. Se da un lato è più facile quantificare il danno patrimoniale, posto che a tal fine è possibile eseguire un mero calcolo matematico, dall'altro risulta più difficile quantificare un danno privo del carattere della patrimonialità, quale ad esempio il danno alla salute, o il danno alla vita di relazione, o ancora il danno morale o esistenziale e ciò vale per tutti danni che incidono sull'essere persona, l'essere umano, anziché su un patrimonio economicamente inteso.

Per tale ragione, la valutazione di questo tipo di danno deve essere fatta certo tenendo conto delle effettive conseguenze dannose subite dal soggetto, ma non attraverso un mero calcolo matematico, impossibile, bensì attraverso una valutazione equitativa, *ex art. 1226 c.c.* intesa quale compensazione economica socialmente adeguata del pregiudizio. Tale valutazione non può certo essere priva di parametri, ma segue il sistema tabellare di liquidazione Milanese, che permette di “incrociare” l'età del soggetto con una certa percentuale di invalidità, determinata sulla base di parametri medici, al fine di trovare una determinata cifra numerica, che deve essere poi “personalizzata”.

Questo articolato processo di quantificazione del danno non patrimoniale ha posto diversi problemi: in prima battuta quello di evitare i cosiddetti automatismi nel risarcimento del danno ma anche quello di garantire che possa essere effettivamente svolta la funzione compensativa del pregiudizio non patrimoniale attraverso una sua “integrale riparazione del danno”. Da tale principio discendono diversi corollari, *in*

primis l'illegittimità dell'apposizione di limitazioni massime non superabili, e in secondo luogo ha posto l'esigenza di prendere in considerazione tutti i vari aspetti (ossia le varie voci) in cui si compendia la categoria del danno non patrimoniale, evitando però di finire nel problema opposto, ossia nel rischio di risarcire due volte lo stesso danno, chiamato con nomi diversi, finendo per determinare duplicazioni risarcitorie, tradendo quella stessa funzione riparatoria che la responsabilità civile dovrebbe svolgere.

Di queste esigenze si è fatta carico la Cassazione, con le note sentenze gemelle San Martino le quali chiariscono proprio al fine di bilanciare da un lato il principio di integrale riparazione del danno, dall'altra di evitare duplicazioni risarcitorie, che le conseguenze dannose risarcibili devono rientrare nell'ambito del rinvio di cui all'art. 2059 c.c., scalfito nella sua stretta e rigorosa tipicità dall'affiancarsi del principio costituzionale di cui all'art. 2 Cost. Ciò non toglie però che ad essere risarcite non sono tutte le conseguenze dannose subite dal soggetto, bensì quelle che costituiscono un reato o che, pur non costituendolo, vanno a ledere diritti inviolabili della persona umana, superando un certo limite di tolleranza, che la stessa clausola di solidarietà imporrebbe.

Il principio di integrale riparazione del danno deve allora applicarsi all'interno di un sistema selettivo che si fonda sull'esclusione dal perimetro della tutela aquiliana di tutte quelle conseguenze non patrimoniali non comprese "tra i casi determinati dalla legge" di cui all'art. 2059 c.c. ovvero tra quelli che possono definirsi "diritti inviolabili della persona", siano essi lesi in campo extracontrattuale, sia in campo contrattuale, grazie all'art. 2 Cost., che funge da "catalogo semi – aperto", in combinato disposto con l'art. 2059 c.c.

Appare allora subito chiaro che, in campo non patrimoniale, il "principio di riparazione del danno" parte già in principio con una limitazione di fondo, ulteriore rispetto ai criteri selettivi che portano ad identificare il danno patrimoniale e che in parte valgono anche per quello non patrimoniale dati dagli artt. 1223, 1225, 1227 c.c. Tale principio in campo non patrimoniale assume dunque un significato diverso da quello che riveste in campo patrimoniale.

L'evocazione di tale principio va posta a fondamento della necessità di tenere conto, ai fini risarcitori, di tutte le compromissioni economiche scaturite dalla lesione, evitando al contempo di dare per scontata la sussistenza di quei pregiudizi che invece in concreto non si sono verificati.¹⁶¹ A tal riguardo si consideri che in passato ci si è più

¹⁶¹ M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 50-51 e ss.; P. CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in CENDON, ZIVIZ, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità*, Milano, 2000, 14 ss. (l'A. distingue, conferendo autonomia ad entrambe le categorie di danno, sul solco della

volte posti il problema di vagliare se il risarcimento del danno biologico, congiunto al danno morale ovvero esistenziale rappresenti una duplicazione risarcitoria, che sarebbe tale ove nel liquidare il danno biologico si tenesse già conto delle sofferenze morali ed esistenziali e a questo si aggiungessero nuovamente per effetto di una liquidazione di una somma *ulteriore*.

Di qui il necessario chiarimento delle sentenze novembrine delle Sezioni Unite, le quali hanno chiarito che il sistema risarcitorio è bipolare, da un lato vi è la categoria del danno patrimoniale, dall'altro quella del danno non patrimoniale, e tale danno riveste le caratteristiche di una categoria unitaria, all'interno della quale vi possono essere diverse voci descrittive, ma tutte riconducibili all'unica macro - categoria. Nel riconoscere esistenti tale categorie di danni, le Sezioni Unite vogliono infatti salvaguardare da un lato il principio di integrale riparazione del danno, che impone appunto di considerare che in punto di danno alla persona e di lesione all'integrità fisica le conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale sono indubbiamente molteplici, dall'altro evitare che chiamando con nomi diversi pregiudizi non patrimoniali, si incorra nel rischio di liquidarli due volte.

Inoltre, si ergono a proclamatrici della necessità di “selezionare” *ex art. 2 Cost.*, danni patrimoniali che sono tali, da conseguenze seppur pregiudizievoli che non assurgono però a rango di conseguenze “dannose” e dunque non possano dirsi suscettibili di risarcimento stante un generico dovere di solidarietà che, *ex art. 2 Cost.*, impone di tollerare disagi e fastidi non così eccessivi. Non possono infatti essere oggetto di tutela risarcitoria quei “disagi e fastidi di carattere futile ed immeritevole”, quali “le intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza che il dovere di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost. impone a ciascuno di tollerare”.

Ciò ha portato dapprima a chiedersi se la categoria del danno esistenziale debba dirsi esistente e se possa essere diversa dal pregiudizio che viene risarcito *sub specie* di danno morale, e poi ad una serie di limitazioni ulteriori ed extralegali determinate per

giurisprudenza maggioritaria, tra danno morale o “*pretium doloris*”, il quale si identificherebbe con le lacrime, mentre il danno morale si sostanzierebbe in una “rinuncia al fare”) *adde* P. ZIVIZ, *Verso un altro paradigma risarcitorio*, ivi, 35 ss.; Per un confronto critico sul punto si veda invece E. NAVARRETTA [a cura di], *Il danno non patrimoniale-Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 36-40. A conferma che le voci di danno poc'anzi menzionate vadano tenute distinte, in quanto danni tra loro diversi, vi è appunto il sistema di liquidazione del danno non patrimoniale. L'A. sostiene infatti che “emerg(a) nella posizione della giurisprudenza la necessità di considerare specificatamente, pur all'interno di una liquidazione unitaria, le diverse poste che compongono il danno non patrimoniale”. P. G. MONATERI, *La fenomenologia del danno non patrimoniale*, in *Danno e Resp.*, 2016, 7, 725-726 e ss.

effetto del c.d. “sistema di liquidazione tabellare”, sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale proprio per il rischio che possa vulnerare il principio di integrale riparazione del danno.¹⁶²

Ad oggi, come si vedrà, è pacificamente ammessa la riparazione dei diversi pregiudizi, quali quello biologico, morale ed esistenziale, senza che ciò possa costituire di per sé stessa “duplicazione risarcitoria”, e accanto a questi danni, ne sono emersi di nuovi, sempre con funzione meramente descrittiva, quale il danno parentale, il danno alla vita di relazione, il danno tanatologico, il danno estetico e così via.

La stessa Cassazione, nel 2014 (n. 5342) ha affermato che esclusa la praticabilità di una liquidazione separata di danno biologico e danno morale, si deve pervenire ad una liquidazione unitaria che tenga conto di questa naturale componente a connotazione soggettiva, posto che, secondo l'*id quod plerumque accidit* l'esistenza di un tale tipo di pregiudizio, pur se non accertabile per via medico legale è operata non già sulla percentuale di invalidità, come si vedrà, ma sulla base di un aumento equitativo della corrispondente liquidazione *ex art. 1226 c.c.*

Così operando la liquidazione tabellare del danno morale ben può considerare anche la componente prettamente soggettiva data dalla sofferenza morale conseguente alla lesione della salute, sia pure in una dimensione “standardizzata”, salva l'ulteriore personalizzazione del danno. A tal riguardo, la stessa Cassazione, con sentenza 16516/2012, chiarendo la necessità di un'integrale riparazione del danno, impone di tenere conto dell'insieme dei pregiudizi sofferti, ivi compresi quelli esistenziali, escludendo ogni meccanismo semplificato di liquidazione di tipo automatico.¹⁶³ Ciò

¹⁶² Sul punto si sono confrontati due schieramenti dottrinali contrapposti: da un lato gli “esistenzialisti”, dall'altro i “non esistenzialisti”, i quali sostenevano che l'irrisarcibilità del danno esistenziale non avrebbe affatto scalfito il principio di integrale riparazione del danno. Sul punto si veda G. PONZANELLI, “Introduzione”, in G. PONZANELLI, *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007, 1 e ss., il quale, in modo profetico rispetto alla sentenza n. 26972/2008 ricorda come sia ovvio che l'accesso dibattito tra esistenzialisti e non esistenzialisti richiederà l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, con queste parole: “la questione della risarcibilità del danno esistenziale sarà portata, prima o poi, all'esame delle Sezioni Unite [...], visto che la Suprema Corte ha manifestato, nel 2006 e 2007, opinioni sicuramente divergenti sul punto”. Per un approfondimento ulteriore sul punto si veda S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. Giur.*, 1999, 416 e ss., il quale ripercorre il tortuoso iter riguardante l'autonoma risarcibilità del danno esistenziale, distinto rispetto al biologico ed al morale. Si veda anche C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e Resp.*, 2009, 5 e ss.; A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?* in *Corriere Giur.*, 2009, 410 ss.; Sul punto, per un confronto critico, si veda anche: P. CENDON, *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2009, II, 71 ss.

¹⁶³ In particolare, la Cass. così si è espressa sul punto: “In materia di risarcimento danni, in caso di lesione di un diritto fondamentale della persona, la regola, secondo la quale il risarcimento deve ristorare interamente il danno subito, impone di tenere conto dell'insieme dei pregiudizi sofferti, ivi compresi

significa che se l'illecito ha cagionato oltre al danno biologico, sofferenze diverse, al risarcimento di tale voce di danno deve essere aggiunta una somma idonea a compensare le eventuali conseguenze non patrimoniali *ulteriori*, sempre che tali aspetti risultino provati, o quantomeno presuntivamente provati.

Se ci sono pregiudizi diversi, questi vanno tutti risarciti quali conseguenze non patrimoniali del pregiudizio, ma il risarcimento non può andare “oltre” quanto effettivamente subito dalla vittima, in considerazione della natura riparatoria della responsabilità civile. Di qui ci si è posti il problema dell'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di forme di risarcimento punitivo, che di fatto stanno via via entrando a far parte della realtà giuridica italiana, seppur in una prospettiva di tipicità. Le stesse infatti richiedono di essere espressamente tipizzate, proprio in considerazione del fatto che la funzione primordiale della responsabilità civile è di natura “riparatoria” non già sanzionatoria: il risarcimento deve cioè servire a ristorare tutte e solo le conseguenze dannose, non già ad arricchire la vittima per effetto di un risarcimento volto solo a sanzionare l'autore della condotta illecita senza che effettivamente abbia cagionato un danno.

A ben vedere dunque, la previsione di tetti o di percentuali massime di incremento rispetto a valori prestabiliti si porrebbe in tensione rispetto al principio in parola, risolvendosi in un contenimento quantitativo del risarcimento tale da non permettere di fornire riscontro monetario all'intero ventaglio delle ripercussioni non economiche del torto. D'altro canto però, la proliferazione dei risarcimenti dei danni non patrimoniali che si sono avute per effetto di benevole “elargizioni” giurisprudenziali hanno creato una sorta di corto circuito del sistema, sconfinando nella risarcibilità di pregiudizi talvolta futili, talvolta pur non essendo futili causativi di diversi problemi sociali, quali l'innalzamento dei costi assicurativi per determinate categorie di professionisti, che hanno imposto la necessità, al fine di rendere i premi assicurativi accessibili, di “contenere” il risarcimento, imponendo di fatto alla vittima dell'illecito di sopportare

quelli esistenziali, purché sia provata nel giudizio l'autonomia e la distinzione degli stessi, dovendo il giudice, a tal fine, provvedere all'integrale riparazione secondo un criterio di personalizzazione del danno, che, escluso ogni meccanismo semplificato di liquidazione di tipo automatico, tenga conto, pur nell'ambito di criteri predeterminati, delle condizioni personali e soggettive del e della gravità della lesione e, dunque, delle particolarità del caso concreto e della reale entità del danno. Il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 cod. civ., costituisce un'unica voce di danno, che è però suscettibile di atteggiarsi con varie modalità e secondo molteplici aspetti, nei singoli casi: dal danno biologico, medicalmente accertabile, alle sofferenze fisiche ed emotive che concretizzano il c.d. danno morale; ai pregiudizi di carattere estetico 1 od alla vita di relazione, al c.d. danno esistenziale, ecc.).”

“solidaristicamente” una parte di danno patito, in considerazione della necessità di salvaguardare esigenze che a ben vedere sono state bilanciate con l’esigenza di tutelare a pieno la salute, e ritenute prevalenti rispetto a questa, seppur in evidente contrasto con il principio di integrale riparazione del danno.¹⁶⁴

Ecco dunque che più che parlare di “integrale” pregiudizio, questo deve dirsi “congruo”, ossia tale da rispecchiare un (parziale) pregiudizio dati gli innumerevoli limiti giuridici e non, che in campo non patrimoniale si pongono, assenti invece in campo patrimoniale. La congruità del risarcimento andrà vagliata alla luce di un necessario confronto con il trattamento generalmente riconosciuto alle vittime di danni non patrimoniali dello stesso genere, al fine di assicurarne una sorta di “omogeneità”, salvo dare spazio alla discrezionalità del giudice al momento della “personalizzazione”.

Ora, tale principio di integrale riparazione del danno se in un primo momento si è posto come strumento utile al fine di vagliare effettivamente tutti (e soli) i pregiudizi sofferti dalla vittima, di modo tale che potessero trovare ristoro e nello stesso tempo non sconfinare in duplicazioni risarcitorie, ad oggi sta risultando vulnerato per effetto di superiori esigenze sociali. In nome di una riparazione “integrale” si sta facendo largo l’idea di una riparazione “solidale”, che a ben vedere talvolta non potrebbe nemmeno dirsi “congrua”. Si tratta però di comprendere se tali limitazioni al risarcimento siano davvero giustificate da superiori esigenze sociali, che dunque devono dirsi prevalenti rispetto all’integrale tutela della salute. A quanto pare parrebbe doversi dare risposta affermativa secondo quanto ritenuto dalla Corte Costituzionale.

L’analisi del principio in parola viene dunque condotta sia con riferimento al risarcimento del danno patrimoniale sia, soprattutto, quello non patrimoniale. Si analizzerà pertanto l’operare del principio in parola dapprima avuto riguardo al danno patrimoniale, scandagliando i meccanismi di quantificazione dello stesso, al fine di comprendere come l’art. 2 Cost. influisca e successivamente avendo riguardo al danno non patrimoniale al fine di comprenderne le diverse implicazioni pratiche, considerando che le più importanti di esse si hanno proprio con riferimento a tale tipo di danno.

¹⁶⁴ Per un’analisi critica circa la proliferazione di questi risarcimenti si veda G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle Sezioni Unite* e di M. BONA, *La saga del danno esistenziale verso l’ultimo ciak*; in *Resp. civ.*, 2008, con nota di R. PARTISANI, *Il danno esistenziale al vaglio delle Sezioni Unite*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1050, con nota di G. FACCI, *Verso un «decalogo» delle Sezioni Unite sul danno esistenziale?* ivi, 2008, 1559 ss. e in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2008, 707 ss.

Quello che è importante evidenziare è che esso, seppure di indubbia “portata costituzionale” non è per vero un principio espressamente costituzionalizzato nella Carte Fondamentale, ragion per cui possono darsi delle disposizioni normative che vi derogano, come quelle presenti nel Codice delle Assicurazioni private, salvo valutare se tali deroghe siano effettivamente “ragionevoli”. A tal fine si analizzerà una recente pronuncia della Corte Costituzionale che richiamando espressamente l’art. 2 Cost. ha fatto salvo il sistema di quantificazione del danno non patrimoniale nonostante le limitazioni poste ad esso in netto contrasto con il principio di integrale riparazione del danno.

Tuttavia l’analisi qui condotta non vuole limitarsi ad approfondire esclusivamente l’incidenza del principio di solidarietà per quel che concerne il danno non patrimoniale, ma volendo allargare lo spettro di analisi all’intero sistema della responsabilità extracontrattuale si avrà cura di analizzare altre implicazioni pratiche dello stesso, quali ad esempio la problematica relativa all’obbligo di soccorso difensivo, il danno ambientale, i danni punitivi, nonché la responsabilità della Pubblica Amministrazione per il danno da provvedimento amministrativo illegittimo.¹⁶⁵

Sempre guidati dal precipuo scopo di evidenziare questo *revers trend* che ha portato da una tendenza espansiva del fenomeno della solidarietà sociale, ad una nuova tendenza restrittiva dello stesso capace di limitare, anziché ampliare, la tutela risarcitoria per la vittima dell’illecito. Per ben comprendere il fenomeno però, è opportuno analizzare il sistema di quantificazione del danno, sia patrimoniale che non, al fine di capire come incida il principio solidaristico in sede di quantificazione.

2.8. La comparazione: il principio di integrale riparazione del danno nell’ordinamento francese e la sua quantificazione. Tendenza “espansiva” o “restrittiva”?

¹⁶⁵ P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da vorrei, ma non posso?* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 341 e ss.; P. SIRENA, *Il risarcimento dei cd. Danni punitivi e la restituzione dell’arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 531 e ss.; G. PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 435 e ss. Id., “Non c’è due senza tre: la Suprema Corte salva ancora i danni punitivi”, in *Foro it.*, 1994, 95 e ss. L’A., già agli albori del dibattito sull’ammissibilità nel nostro ordinamento dei danni punitivi, osserva che “non tutti i soggetti danneggiati da episodi di responsabilità civile portano le loro pretese di fronte alle Corti: perciò gli organi giudiziari nel determinare la misura della responsabilità dovranno aumentarla in modo che essa arrivi ad internalizzare l’ammontare complessivo dei danni causati dall’esercizio di una determinata attività”. Per quanto riguarda il danno ambientale, per comprendere l’evoluzione sul risarcimento del danno ambientale si vadano P. TRIMARCHI (a cura di), *Per una riforma della responsabilità civile per danno all’ambiente*, Milano, 1994; B. POZZO, *Verso una responsabilità civile per danni all’ambiente in Europa. Il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità europee*, in *Rivista Giur. dell’Ambiente*, 2000, 623 e ss., 1994.

Innanzitutto, riparare le conseguenze pregiudizievoli significa ristabilire la situazione anteriore al danno.¹⁶⁶ La riparazione integrale mira a ristabilire l'equilibrio distrutto per effetto del danno e a riportare la vittima in una situazione la più vicina possibile a quella in cui si sarebbe trovata se l'azione pregiudizievole non fosse stata posta in essere, in altre parole mira a ristabilire lo *status quo ante*. Esso si può riassumere nella celebre espressione “*tout le préjudice, rien que le prejudice*”.

Il principio di integrale riparazione del danno è invero un principio sovente dibattuto, specialmente con riguardo al danno biologico, che appunto nell'ordinamento francese rientra nel c.d. “*dommage corporel*”. Il valore normativo di tale principio è affermato dalla Corte di Cassazione nella celebre sentenza 28.10.1954 II civ.,¹⁶⁷ secondo la quale “*le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, [...] dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu*”.¹⁶⁸

Del pari a quanto osservato nel panorama italiano, anche quello francese è consapevole che, per quel che riguarda il pregiudizio fisico, la riparazione è una finzione giuridica, posto che tale tipo di pregiudizio non può certo essere riparato in natura, dovendosi tutt'al più la vittima accontentare di una “compensazione”, vale a dire di una semplice “consolazione”¹⁶⁹.

L'analisi della problematica non può prescindere dal considerare che, in certi casi, l'esplicarsi del principio può tuttavia portare, anche per quel che concerne il sistema francese, ai c.d. “danni punitivi”, che implicano l'analisi del concetto di “pena privata”, che di qui a breve si condurrà.

Osserva la dottrina francese che, affinché si possa consegnare un'effettiva operatività al principio in parola, la quantificazione del pregiudizio va fatta in concreto, senza affidarsi ad automatismi o metodi di valutazione predefiniti, questo non significa escludere però la riparazione in via equitativa, la sola effettivamente realmente possibile innanzi ai c.d. pregiudizi “*corporels*”.

¹⁶⁶ Si veda sul punto: C. COUTANT, LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002, préf. F. Pollaud – Dulian, ma anche per quanto riguarda la relatività della nozione, M. MEKKI, *Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels*, LPA 12.01.2005, 3 e ss.

¹⁶⁷ Bull. Civ.1954, II, n. 328, JCP G 1955, II, 8765, note Savatier; RTD civ. 1955, 324, obs. H. et L. MAZEAUD.

¹⁶⁸ Per un approfondimento sul punto si veda: R. SAVATIER, *Traité de la Responsabilité civile en droit français*, Tome 2, L.G.D.J., 2ème Ed., 1951.

¹⁶⁹ PH. PIERRE et F. LEDUC, *La réparation intégrale en Europe. Études comparatives des droits nationaux*, éd. Larcier, 2012.

Per vero, la seconda camera civile della Corte di Cassazione è pervenuta in passato ad un arresto giurisprudenziale volto in qualche modo a limitare, o per meglio dire “contenere” il risarcimento accordato alla vittima, stabilendo di “*limiter son préjudice dans l’intérêt du responsable*”, analogamente al meccanismo sotteso all’art. 1227 c.c. italiano, posto che allorché la vittima si astenga dall’attivarsi per evitare ulteriori conseguenze, o per evitare l’aggravamento di quelle già accorse, il suo risarcimento verrà proporzionalmente ridotto, secondo la teoria della c.d. *mitigation of damages*. Tuttavia la Suprema Corte non ha mancato di ricordare che l’autore di una condotta dannosa è invece tenuto a riparare *tutte* le conseguenze pregiudizievoli, senza alcuna limitazione dunque.

Per vero la più attenta dottrina ha osservato come il principio è stato mal formulato dalla Cassazione, dovendosi invero intendere che il ruolo della vittima può rilevare unicamente nella responsabilità contrattuale, non già in quella extracontrattuale.

Il principio di integrale riparazione postula dunque che l’intero pregiudizio venga risarcito e pertanto il *quantum* dello stesso va valutato sulla base del pregiudizio *effettivamente* subito, di talché la compensazione accordata alla vittima non può eccedere il pregiudizio subito, secondo quanto taluni identificano sotto la nozione di “riparazione appropriata”,¹⁷⁰ la quale postula che la vittima non debba né impoverirsi per effetto dell’illecito, ma nemmeno arricchirsi. Come si vede nello scandagliare la prospettiva della giurisprudenza e della dottrina francese, il principio in parola viene indagato al fine di arginarlo, o meglio contenerne la portata per evitare che la vittima si possa arricchire, ricevendo una compensazione maggiore rispetto al danno subito, anziché preoccuparsi, all’opposto, di garantirne la sua effettiva estensione, che rischia di essere compromessa da sistemi “contenitivi” e limitativi nel quantificare la tutela risarcitoria, come invece accade nell’ordinamento italiano. Di talché, la prospettiva sin qui analizzata è esattamente opposta a quella italiana.

Quale evidente conseguenza, l’ordinamento francese non ammette (almeno non espressamente) il c.d. danno punitivo, ossia quel danno che viene quantificato non già in funzione del pregiudizio effettivamente patito dalla vittima, bensì in funzione della gravità della colpa del danneggiante, secondo appunto una prospettiva non già riparatoria, bensì sanzionatoria. Per vero, analogamente a quanto accade nell’ordinamento italiano, anche in quello francese di fatto si sono introdotte

¹⁷⁰ PH. LE TOURNEAU, n. 2523, per meglio comprendere l’equilibrio tra non – arricchimento e non – impoverimento, si veda PH. PIERRE et F. LEDUC, *La réparation intégrale en Europe*, cit. 31 et ss., spéc. 40 et ss.

surrettiziamente delle forme di danni punitivi, ancorché non si è pervenuti in maniera esplicita ad ammettere tale categoria di danno, che presupporrebbe un intervento espresso del legislatore sul punto, ad oggi mancante. Secondo infatti la Corte di Cassazione, i *punitive damages* non sarebbero contrari all'ordine pubblico francese, ragion per cui non si dovrebbero opporre resistenze ad ammetterli.¹⁷¹

Ciò puntualizzato, si consideri che per ora il principio di riparazione integrale del danno nell'ordinamento francese rimane un principio giurisprudenziale¹⁷², pertanto il legislatore potrebbe affrancarsene emanando disposizioni normative in contrasto con esso, volte ad esempio a limitare il danno, o peggio, a limitare il diritto alla riparazione per la vittima, ovvero ad espanderlo nella dimensione punitiva, per escluderlo. Il principio della riparazione del danno dovrebbe poter avere una portata costituzionale, per ora assente¹⁷³.

La questione è stata affrontata anche dal Consiglio Costituzionale il quale ha confermato che il principio in parola non avrebbe alcun valore sovra - legislativo¹⁷⁴, ma allo stesso tempo ha affermato l'impossibilità per il legislatore di escludere certe categorie di pregiudizi senza però specificare se la riparazione di esse debba o meno essere integrale. Altra dottrina ritiene che ad oggi non è possibile stabilire con sicurezza se "agli occhi del Consiglio Costituzionale" il principio possa avere o meno una valenza costituzionale, secondo altri è possibile riconoscerlo implicitamente dalla decisione n. 82-144 del 22.10.1982, secondo la quale appunto, come detto, il legislatore non può comprimerlo per realizzare i suoi obiettivi.

Per vero vi sono numerose deroghe ad esso in materia di diritto del lavoro, ad esempio, allorché il danno causato non sia sorretto da un atteggiamento colposo,¹⁷⁵ peraltro fatta oggetto di un'interpretazione restrittiva ad opera della Corte di Cassazione. Del resto, non solo la Corte Europea dei diritti dell'uomo omette di consacrare il principio in parola, ma per di più non si è ancora pronunciata apertamente sul diritto alla riparazione delle vittime, preoccupandosi unicamente di controllare che gli stati non omettano di dare tutela ad un diritto fondamentale proclamato dalla Convenzione stessa.

¹⁷¹ Comp. cep. Cass., I civ., I déc. 2010, n. 09-13.303: *Resp. civ. et assur.*, 2011, comm. 100.

¹⁷² Anche se, secondo autorevole dottrina, il prossimo progetto di riforma della responsabilità civile potrebbe cambiare le cose.

¹⁷³ Si veda al riguardo: *Revue de droit du travail*, mars 2011, n° 2011-3, 186-189. Si veda al riguardo P. GENEVIÈVE <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010-8-qpc/decision-n-2010-8-qpc-du-18-juin-2010.48469.html>

¹⁷⁴ V. N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, Préf. M. Gobert, n. 370 et ss.

¹⁷⁵ Conseil Constitutionnel, décision n.2010-8 QPC en date 18.06.2010.

Tuttavia, volendone ricercare un fondamento normativo in essa, potrebbe essere invocato l'art. 1 Protocollo Addizionale, in merito al diritto di proprietà, come anche l'art. 14 che proibisce le discriminazioni, per i casi in cui la vittima venga privata del diritto al risarcimento senza alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole.

Se dunque il principio di integrale riparazione del danno postula l'esatto ripristino dello *status quo ante* rispetto all'attuale patrimonio della vittima, è chiaro che esso può davvero esplicitare la sua effettiva portata solo con riferimento alla riparazione in natura, e quindi con riferimento ai soli pregiudizi patrimoniali. Quando si discorre di *dommage corporel* è chiaro che una riparazione in natura è pressoché impossibile da attuare, soccorrendo alla stessa la riparazione per equivalente o in via equitativa, come visto. Del pari, una riparazione per equivalente è una *fictio*, ed essa in realtà maschera una certa approssimazione. Si consideri che il margine di manovra del giudice è in realtà molto limitato, e che peraltro può essere stabilita la riparazione in natura se la vittima si oppone alle altre forme di essa.¹⁷⁶

Ecco che dunque le due forme di riparazioni che si contrappongono tra loro sono quella per equivalente e quella in natura, con tutte le incertezze che possono porsi in merito alla seconda, con riferimento alle tipologie di danno delle quali si sta discorrendo. Di talché si propone di distinguere le due tipologie di riparazione, non tanto per la loro funzione, bensì piuttosto per i loro effetti, ed in particolare la loro attitudine ad elidere il danno. Per molto tempo la dottrina ha proposto di considerarle due facce di una stessa entità, come due modalità di quantificazione, o meglio di riparazione, di eguale valore intrinseco, e parimenti ha sostenuto la maggiore efficacia della riparazione in natura anziché per equivalente, tanto da permettere alla vittima di preferire quest'ultima, laddove sia possibile.

Analogamente a quanto avviene per il sistema italiano, la giurisprudenza non ha imposto una gerarchia tra i rimedi, ma ha lasciato libere le parti (e del pari il giudice) di scegliere quello più adatto al ripristino dello *status quo ante*.

Prima di procedere all'analisi del sistema di quantificazione del *dommage corporel*, è bene chiarire che cosa esso significhi al fine di distinguere correttamente tra la nozione di danno e quella di pregiudizio. Il "danno corporale" consiste nell'attentato all'integrità fisica e psichica della persona, e frequentemente è considerato come un sinonimo della nozione di pregiudizio, ma talvolta tale sinonimo può essere inesatto: il danno è "un avvenimento oggettivamente constatabile e che permane al di là del

¹⁷⁶ Cass. II civ., 18 marzo 2010, n. 03-13.376: D 2010, 2111, obs. H. ADIDA, CANAC.

diritto”, il pregiudizio rappresenta invece un attentato ad un diritto soggettivo patrimoniale o extrapatrimoniale che necessita di riparazione allorché qualcuno ne sia responsabile. Il pregiudizio evidenzia pertanto il passaggio dal fatto (il danno) al diritto (la riparazione). Il “danno corporale” inteso appunto in senso fisico o psichico, rimane nella sfera del giuridico.

Il concetto di “danno corporale” è poi variabile, nel senso che non è fissato in un tempo. La fase traumatica iniziale si conclude con la consolidazione del danno, per poi passare alla definizione del danno. La consolidazione del danno rappresenta il momento in cui esso diviene stabile e permanente, nel senso che non sono più possibili o meglio, necessari, i trattamenti medici, se non per evitare l’aggravarsi delle conseguenze dannose.

In altre parole, la consolidazione deve intendersi come la stabilizzazione delle condizioni della vittima, rispetto alle quali tutte le tecniche mediche sono state utilizzate a suo favore e non è più possibile ottenere un miglioramento di esse. La dottrina ha tentato più volte di richiedere all’organo giudicante di tenere in considerazione l’eventuale miglioramento (ma anche peggioramento) delle condizioni fisiche del soggetto che potrebbero aversi dopo la consolidazione, al fine di aumentare o diminuire ulteriormente il risarcimento.

Tuttavia, la Corte di Cassazione è ferma nel considerare impossibile tale valutazione, soprattutto per quel che concerne eventuali obblighi restitutori per effetto di un miglioramento, i quali sarebbero impediti dall’autorità di cosa giudicata della statuizione che li ha precedentemente quantificati. Solo in un caso specifico di essa si può tenere conto, e si ha quando la vittima viene ricoverata per molto tempo, in questa situazione paradossalmente più grave dell’assenza di ricovero, il danneggiante vede una situazione migliore per quel che concerne la sua obbligazione risarcitoria, posto che il ricovero determinerebbe una “diminuzione dei bisogni della vittima”, che può contare su un personale medico che la assiste. Tuttavia, tale valutazione in senso di *deminutio*, non può essere oggetto di alcun automatismo, e deve al contrario essere valutata caso per caso.

Al contrario, l’aggravamento, ossia la degradazione della situazione anteriore in ragione dell’elemento nuovo intervenuto, può essere presa in considerazione. Ma di essa si devono valutare *strictu sensu* solo le conseguenze dell’aggravamento, se esso può essere imputabile ad un soggetto. In tal caso si dovrà procedere ad una nuova quantificazione del danno.

Passando oltre, per quel che concerne il risarcimento del *dommage corporel*, si può scorgere un sistema solidaristico di protezione sociale, ossia la sicurezza sociale, l'aiuto sociale, la riparazione forfettaria degli eventi pregiudizievoli subiti durante la prestazione lavorativa, i quali permettono un ristoro per la vittima grazie allo Stato, alla collettività territoriale, ovvero all'azienda stessa. La stessa prestazione previdenziale può rientrare in questo sistema solidaristico, posto che si tratta di un'istituzione creata solidaristicamente proprio a questo fine.

Tuttavia, se ciò è certamente vero, ed in parte anche il panorama sociale italiano conosce i così detti Fondi di Previdenza, piuttosto che sistemi sociali di garanzia, quando si parla di pregiudizi fisici, la riparazione integrale del danno si caratterizza per una diversa natura. Essa impone di ristabilire la situazione precedente alla condotta illecita non tanto per un'esigenza solidaristica, quanto piuttosto perché la legge, mediante un principio generale (che è appunto quello del *neminem laedere*) impone di eliminare tutti gli effetti negativi cagionati dalla propria condotta illecita. Del pari, se la riparazione integrale è presa in considerazione anche dai fondi di garanzia, ciò avviene solidaristicamente solo ove il danneggiante non sia in grado di assolvere alla propria obbligazione risarcitoria, in modo tale da intervenire solo successivamente ad un previo tentativo di ricevere la tutela risarcitoria dall'autore della condotta illecita. Tuttavia, non si deve confondere: la riparazione integrale interviene per elidere le conseguenze, o meglio neutralizzare la condotta illecita in via retroattiva, mentre il sistema di solidarietà interviene solo per porre rimedio alle conseguenze di essa.

È necessario considerare che vi è sotteso un interesse superiore che impone dapprima l'esigenza di un'integrale riparazione, e in secondo luogo, pone in capo a questi sistemi di solidarietà l'obbligo di intervenire innanzi ai pregiudizi non patrimoniali i quali non possono essere lasciati privi di una tutela risarcitoria, e tale interesse superiore è rappresentato dalla dignità della persona.

Ora, se si considera effettivamente la portata del principio di integrale riparazione del danno si scorge sin da subito una prima problematica: se esso esige di essere attuato a pieno, nel senso poc'anzi esaminato della celebre espressione "*tout le préjudice, rien que le préjudice*", allora non può che essere fallace in partenza, nel senso che, quando si discorre di pregiudizio fisico, molti dei quali irreversibili, è praticamente impossibile darvi attuazione mediante la riparazione in natura, ma solo per equivalente. Inoltre, il principio di integrale riparazione del danno, postulando che tutto il danno, ma solo il danno deve poter essere risarcito, non ammette di cumulare diverse voci di "ristoro". In

altre parole, vi è nel sistema francese l'opportunità, qualora il giudice non sia immediatamente in grado di quantificare il danno effettivamente patito dalla vittima (perché ad esempio necessita di una perizia medico legale), di accordare quella che nel sistema italiano prende il nome di "provvisoriale",¹⁷⁷ ossia una somma di denaro data in via anticipata, che però dovrà poi essere detratta dall'ammontare del *quantum* risarcitorio accordato alla vittima, ancorché al momento della fissazione di essa, quest'ultimo non sia ancora determinato dal giudice.

Anche per l'ordinamento francese vi è dunque una sorta di divieto di duplicazione risarcitoria, posto che, oltre al caso della provvisoriale poc'anzi descritto, affinché una posta di danno venga tenuta in considerazione, è necessario che essa non abbia già costituito il fondamento di un'altra posta. Si deve dunque verificare non solo che tutte le poste di danno abbiano trovato ristoro, ma del pari, in senso negativo, che esse non vengano duplicate nella tutela risarcitoria, perché, se così fosse, verrebbe comunque infranto il principio di integrale riparazione del danno.

Per vero, se ciò da un punto di vista teorico può sembrare chiaro, da un punto di vista pratico non lo è affatto. Si consideri ad esempio il caso in cui il soggetto perde un arto: la perdita verrà indennizzata a titolo di *dommage corporel*, ma per lo stesso motivo potrebbe del pari rilevare il fatto che egli non potrà più guadagnare non potendo magari più fare lo stesso lavoro che faceva in precedenza. Si rende allora evidente che la perdita dell'arto dovrebbe essere posta a fondamento non solo della ristorazione del pregiudizio biologico o psichico, bensì anche per la ristorazione dovuta al mancato guadagno che il soggetto avrà per il futuro. In questi casi, quando la qualificazione delle poste di danno in concorrenza per diverse tipologie di danno, si pongono numerose difficoltà nel dare attuazione al principio in parola.

Si consideri poi il caso dell'illecito plurioffensivo, ossia quando una stessa condotta ha cagionato un danno non ad una sola vittima, ma a due di esse. Può accadere che vi sia una vittima diretta ed una indiretta, ci si chiede allora se la liquidazione del pregiudizio per la vittima indiretta vada sottratto a quello che dovrebbe essere accordato alla vittima diretta. Dal punto di vista del debitore è chiaro che egli dovrà pagare due volte per la stessa condotta illecita, ma il fatto stesso che le vittime siano diverse non permette di parlare in questi casi di duplicazione della posta risarcitoria. Se l'illecito è cioè pluri - offensivo, e quindi offende diverse persone, siano esse "dirette" o

¹⁷⁷ Si veda al riguardo l'art. 809 del Code de Procédure civile, per i casi in cui vi sia una "contestazione seria".

“indirette”, tutte devono trovare ristoro, posto che si tratta di pregiudizi diversi, perché diversi sono i soggetti, anche se derivanti da una sola e medesima condotta illecita.

Quanto poi al momento quantificativo, come già accennato in precedenza, si osserva che non vi è, nel sistema francese, a differenza di quello italiano, un obbligo di mitigare il danno per la vittima dell’illecito, analogamente alla previsione sottesa all’art. 1227 c.c. italiano. Tuttavia, qualora la vittima tenga un comportamento colposo, essa vedrà ridotto l’ammontare del *quantum* risarcitorio in proporzione alla sua colpa. Conformemente al principio di “*indisponibilité du corps humain*” (di cui agli artt. 16-3 Code Civil), non vi è per la vittima dell’illecito l’obbligo di sottoporsi a cure mediche o ad interventi chirurgici che possano migliorare la sua salute, ovvero frenare o rallentare il suo degrado. Tale principio che postula l’assenza di un dovere giuridico di mitigare il danno, vale unicamente per i pregiudizi “corporali”, non anche per gli altri casi di responsabilità civile.¹⁷⁸

Invero, l’Avant – projet de Loi che ha proposto di riformare la responsabilità civile all’art. 1263 statuisce che “*en matière contractuelle le juge peut réduire les dommages et intérêts lorsque la victime n’aurait pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard des ses facultés contributives, propres à éviter l’aggravation de son préjudice*”.

Si osserva poi che quando si parla di indennizzo per la vittima di un *dommage corporel*, non si intende un semplice rimborso ma una “restaurazione in valore”. Si consideri infatti che al momento in cui il giudice quantifica l’ammontare della somma, egli ha riguardo non solo al passato, bensì anche ai pregiudizi futuri, in termini ad esempio di mancato guadagno per il soggetto, solo così il pregiudizio può essere effettivamente riparato per intero.

Anche nel sistema francese, come in quello italiano, vige poi, sempre al fine di garantire una riparazione integrale del pregiudizio, il principio di “personalizzazione del danno”, il che implica da un lato il divieto di una liquidazione forfettaria, e dall’altro la necessità di considerare le concrete condizioni soggettive della vittima. Quando si parla di liquidazione forfettaria, la dottrina francese intende tutti quei meccanismi che portano alla fissazione di un ammontare indennitario completamente disconnesso con la realtà concreta del danno. Tale metodo è proibito per la giurisprudenza, e sistematicamente censurato dalla Corte di Cassazione. Il giudice non può cioè fissare il *quantum* del

¹⁷⁸ Sul punto è cospicua la giurisprudenza: Cass. II civ., 26 marzo 2015, n. 14-16011: Bull. Civ. 2015, Cass. I civ., 15 gennaio 2015, n. 13-21.180: Bull. Civ. 2015; Gaz. Pal., 15-17 févr. 2015, 26, Cass. II civ., 28 marzo 2013, n. 12-15.373, Cts X c/MY et a., D.

pregiudizio entro una somma equitativamente forfettaria, anche se si deve del pari considerare che talune tipologie di pregiudizi sono talmente difficili da quantificare che non si può che farlo in via forfettaria. Tali saranno i soli pregiudizi “extrapatrimoniali” ossia non patrimoniali come la sofferenza o anche certi incidenti professionali, che non possono trovare un’esatta quantificazione. In questi casi però il giudice non dovrà limitarsi a ricorrere ad un’automatica valutazione, bensì dovrà motivare l’impossibilità di personalizzare adeguatamente il danno in relazione alla situazione concreta, per la difficoltà di individuarne l’esatto ammontare, in modo tale che tale difficoltà sia effettivamente presa in considerazione e la quantificazione forfettaria non sia invece un meccanismo semplicistico per occultarla. In altre parole, ove ricorra a questo “automatismo” nel senso di liquidazione forfettaria sganciata dall’effettiva situazione concreta, egli dovrà accompagnare tale decisione da un minimo di motivazione. Per evitare comunque un forfettarizzazione nella quantificazione, il giudice dovrà fare riferimento ai casi analoghi risolti in giurisprudenza, in modo tale da poter garantire il più possibile il rispetto del principio di riparazione integrale del danno.

Nella giurisprudenza francese si assiste poi ad una classificazione di diverse tipologie di vittime, ed altrettanti diversi sistemi di quantificazione del danno a seconda delle caratteristiche proprie di ciascun evento dannoso. Ad esempio le persone cerebro lese¹⁷⁹, le persone in stato vegetativo, alle quali non può essere negato l’indennizzo in considerazione del loro stato, per effetto non solo del principio di integrale riparazione del danno, ma altresì per un principio di dignità umana,¹⁸⁰ le vittime di aggressione sessuale, per le quali a lungo tempo si è sostenuta l’unica possibilità di un indennizzo forfettario, ma in tempi recenti si è invece garantito loro una valutazione priva di standardizzazioni ingiustificate.¹⁸¹

Del pari le vittime di catastrofi collettive o di terrorismo, le quali molto spesso si trovano in una situazione di totale sottomissione rispetto a ciò che sta accadendo, e che verranno segnate da traumi irreversibili per l’intera loro esistenza,¹⁸² o ancora le vittime per la contaminazione da amianto, le quali, proprio per le caratteristiche delle malattie che ne derivano, necessitano di appositi sistemi di quantificazione, tenuto conto del tempo durante il quale esse sono state esposte all’amianto o alle sostanze che lo

¹⁷⁹ G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel. Stratégies d’indemnisation et méthodes d’évaluation*, Delmas, II éd., 2014 – 2015, p. 453.

¹⁸⁰ CE, 24.11.2004, n. 247080.

¹⁸¹ CA Paris, 16.10.2014, n. 13/14007.

¹⁸² C. LIENHARD, *Le préjudice spécifique de terrorisme et d’accidents collectifs*: Gazette du Palais 23 au 25 févr. 2014, éd. spécialisée n. 54 a 56, 19.

contengono,¹⁸³ o ancora i pregiudizi accorsi ai fanciulli, i quali non possono essere considerati “adulti in miniatura”, ed i loro pregiudizi vanno considerati in relazione al loro particolare stato di debolezza nonché alla loro età,¹⁸⁴ in senso analogo godono di particolari metodi di quantificazione del danno le persone anziane,¹⁸⁵

Ora, per quel che concerne la quantificazione del danno il sistema francese si caratterizza per una peculiarità: il giudice infatti non è tenuto a specificare i dettagli della sua quantificazione e nemmeno deve specificare le basi sulle quali ha determinato il pregiudizio, essendo tale processo di quantificazione sufficientemente giustificato per il semplice fatto che è stato oggetto di valutazione giudiziale. Il giudice in altre parole, lungi dallo specificare esattamente quali voci di danno ha liquidato e secondo quale metodo di quantificazione, può limitarsi a dire che essa è coerente ed è stata effettuata in modo tale da rispettare il principio di integrale riparazione del danno. Vi è cioè una sorta di “potere sovrano” di condurre il giudizio di fondo sulla quantificazione del danno, tant’è che il giudice, nell’esercizio di tale potere, non è tenuto a riparare distintamente nemmeno i pregiudizi psicologici rispetto a quelli economici.¹⁸⁶

Tali principi sono stati del resto ricordati da un arresto dell’assemblea plenaria della Corte di Cassazione del 26 marzo 1999,¹⁸⁷ la quale ha confermato la non necessità di specificare i diversi elementi tenuti in considerazione ai fini della quantificazione del danno. Ne deriva che al momento della liquidazione la vittima vedrà liquidato un danno globale “*toutes causes de préjudice confondues*”, senza che essa possa identificare a che titolo le diverse voci di danno sono state oggetto di liquidazione (rimborso per le spese mediche e farmaceutiche, perdita di salario durante l’incapacità temporanea, indennizzo per il deficit funzionale permanente e così via).

La giurisprudenza, a giustificazione di questa quantificazione “*in globo*” del pregiudizio, ha addotto la spiegazione che in ragione dell’unitarietà della stessa persona umana e dell’interdipendenza delle diverse attività dell’uomo, l’esame generale delle conseguenze dei pregiudizi indennizzabili rischia di individuare singolarmente dei pregiudizi che in realtà sono difficilmente separabili.¹⁸⁸

¹⁸³ H. HARBOUSSET, *L'amiante: la création d'un fonds d'indemnisation pour canaliser une bombe à retardement*: RRJ 2001, 873, Cass. soc., 4.12.2012, n. 11-26294, Cass. soc., 2.04.2014, n. 12-28616, Cass. soc., 3.03.2015, n. 13-20486.

¹⁸⁴ G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel. Stratégies d'indemnisation et méthodes d'évaluation*, Delmas, II éd., 2014-2015, 544.

¹⁸⁵ G. MOR, *Évaluation du préjudice*, cit., 547.

¹⁸⁶ Cass. II civ., 20 novembre 1996: JurisData n. 1996-004623.

¹⁸⁷ Cass. ass. plén., 26.03.1999, n. 95-20.640.

¹⁸⁸ CA Paris, 29.03.1957: JCP 1957, IV, 95.

La dottrina osserva che tale valutazione globale potrebbe ben essere utilizzata e in qualche modo giustificata solo innanzi a pregiudizi che effettivamente non sono separabili per la loro stessa interdipendenza, di modo tale che appunto se ne richieda una complessiva e globale valutazione senza sottodistinguerli in diversi titoli, ma allorché i pregiudizi siano identificabili singolarmente possono darsi degli inconvenienti che portano a valutazioni semplicistiche in realtà in netto contrasto con il pregiudizio di integrale riparazione del danno.

Per vero, tale sistema di quantificazione “globale” non può più dirsi ammissibile dopo la riforma legislativa operata il 21 dicembre del 2006. Il nuovo art. 31 della L. del 5 luglio 1985 impone in effetti la quantificazione “posta per posta”, escludendo pertanto la possibilità di una valutazione globale, anche grazie agli apporti offerti dalla già citata nomenclatura Dintilhac, i quali permettono di identificare effettivamente le diverse poste di pregiudizio di danno corporale. A tal proposito si segnala che è elaborato un documento di portata nazionale da parte di un gruppo di magistrati specializzati. Inoltre, è stato proposto (*Avant-projet de réforme de la responsabilité civile*, avr. 2016) di aggiungere un articolo 1269 al Code Civil che disponga “i pregiudizi patrimoniali ed extrapatrimoniali risultanti da un danno corporale sono determinati, posta per posta, sotto una nomenclatura non limitativa delle poste di pregiudizi fissati per decreto dal Consiglio di Stato”.

Più nel dettaglio, si consideri che per effetto di una lesione può derivare un pregiudizio patrimoniale ed uno extrapatrimoniale. Sul primo versante il pregiudizio può essere temporaneo (e anteriore alla consolidazione), con tale pregiudizio intendendosi i rimborsi delle spese mediche, paramediche, farmaceutiche e ospedaliere sostenute a titolo temporaneo dalla vittima, anteriori alla consolidazione del danno imputabile alla condotta illecita. Vi sono poi le spese mediche e sanitarie sostenute dopo la consolidazione del danno (quali le spese per le medicine, o l'intervento chirurgico stesso). Ad esse si aggiunge la c.d. “incidenza professionale *post* consolidazione”, consacrata dalla nomenclatura Dintilhac stessa e dal rapporto Lambert – Faivre che tiene conto dell'incidenza professionale economica ed extrapatrimoniale del pregiudizio.¹⁸⁹ Questa posta ha per oggetto le incidenze “periferiche” del danno relative alla sfera patrimoniale e si propone di andare ad indennizzare l'impatto del pregiudizio sulla sfera lavorativa del soggetto, come ad esempio la de-valorizzazione sul mercato

¹⁸⁹ Cass. II civ., 30 aprile 2014, n. 12-22.353, note F. BIBAL: *Gaz. Pal.* 6-7- juin 2014, 53-54. Ed altresì *Le dossier spécial consacré à l'incidence professionnelle*, in *Gaz. Pal.* 6 au 10 août 2010, B. GUILLON et M. C. GRAS, *Fiche pratique X, Incidence professionnelles*: *Gaz. Pal.* 30-31 janv. 2009.

del lavoro, la perdita di una *chance* professionale o ancora la necessità di abbandonare l'attività lavorativa precedente.

Accanto ai pregiudizi patrimoniali vi sono poi quelli extrapatrimoniali derivanti da una lesione che tengono conto delle ripercussioni psicologiche e delle conseguenze personali durante la malattia traumatica. A tal riguardo si fa riferimento alla nomenclatura Dintilhac ed altresì al Projet Chancellerie del 2014. Parimenti, anche per questi pregiudizi si ha riguardo al periodo precedente la consolidazione ed altresì a quello successivo, in modo tale da separare dai pregiudizi patrimoniali quelli extrapatrimoniali riguardanti l'integrità fisica e le attività ordinarie dell'esistenza come poste distinte di pregiudizio che, in quanto tali, andranno separatamente liquidate. In tale voce di danno extrapatrimoniale si inserisce sia il *deficit* funzionale temporaneo, sia quello permanente, e tale tipo di pregiudizio viene quantificato e liquidato sulla base di tabelle simili a quelle di Milano, che conteggiano la percentuale di gravità di danno in rapporto all'età del soggetto.

Così come tratteggiato, e superato il sistema risarcitorio "globale" che sottendeva sistematicamente una forfezarizzazione di fondo poco aderente ad un principio di integrale riparazione del danno, il sistema risarcitorio conseguente alla lesione di un pregiudizio extrapatrimoniale sembra essere caratterizzato da una tendenza "espansiva", ossia esso è attento al risarcimento di tutti quei pregiudizi che la vittima dell'illecito ha subito per effetto della condotta antiggiuridica, grazie alla suddivisione degli stessi in diverse poste, diversamente etichettate - e dunque autonomamente risarcite - senza pervenire a duplicazioni risarcitorie posto che *le dommage, tout le dommage, rien que le dommage* può e deve essere risarcito.

Ciò posto, inquadrato il sistema di quantificazione del danno ed i principi ad esso posti a fondamento a grandi linee e senza pretese di esaustività, ciò che è importante verificare è se nel sistema francese rimanga integro il principio di integrale riparazione del danno o se in qualche modo venga limitata la responsabilità del soggetto ed in conseguenza il danno che egli sarà chiamato a risarcire per superiori interessi, analogamente a quanto avviene nel sistema italiano, per le esigenze di solidarietà *ex art. 2 Cost.*

Segue: le possibili limitazioni del principio di responsabilità per un "motivo di interesse generale".

Il sistema civile francese si può dire si trovi in uno stadio simile a quello in cui si trovava l'ordinamento italiano prima delle celebri Sezioni Unite San Martino 2008 che hanno posto un freno alla proliferazione della tutela risarcitoria di fronte a pregiudizi che in realtà non possono dirsi davvero tali, stante l'esigenza di contrapporvi un dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. Esso cioè conosce una certa inflazione nella nomenclatura dei pregiudizi, senza che però questo si traduca in una migliore indennizzazione per la vittima. Ciò impone di contenere espressamente i pregiudizi riparabili, analogamente al freno posto dall'ordinamento italiano a proposito del danno esistenziale e, ultimamente, con riferimento all'intera categoria del danno non patrimoniale.

Il sistema giuridico della responsabilità civile francese attualmente postula la riparazione di tutti i pregiudizi sofferti dal soggetto, senza alcuna limitazione preventiva.¹⁹⁰ Tutti i pregiudizi sono riparabili, purché non siano in termini causalistici “troppo lontani” rispetto alla condotta. Di talché si è detto che il sistema francese è caratterizzato da una sorta di concezione “naturalista” del danno risarcibile, postulando la riparazione di tutte le conseguenze negative che sul piano naturalistico conseguono alla condotta illecita, contrapponendosi alla concezione “normativa” del danno nel sistema italiano, il quale acutamente distingue tra danno storico e danno giuridico, per il tramite di una serie di “filtri” legali poc'anzi visti, al fine di limitare il danno risarcibile (il solo danno giuridico, non già quello storico). Per riparare a ciò, la dottrina francese forza allora una distinzione tra danno (che è la sofferenza subita) e pregiudizio (che è la conseguenza giuridica del danno).¹⁹¹ Tuttavia tale distinzione si rivela più teorica che pratica, posto che il vero problema è l'ammissione di una reale differenza anche da un punto di vista sostanziale, tra sofferenza sofferta e danno riparato, ed avviene per tal via, all'affermazione di una effettiva limitazione del pregiudizio riparabile.

Invero, ci sono stati due casi in seno alla giurisprudenza francese, che hanno conosciuto una limitazione del pregiudizio riparabile: il primo è il danno subito dalla concubina dopo il decesso accidentale del suo compagno, che non essendo considerato

¹⁹⁰ In particolare, sulla giustificazione della limitazione del risarcimento per un motivo di interesse generale basato su esigenze di proporzionalità si veda M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. “Manuels”, 2002, 474 e ss., ma anche G. MERLAND, “*L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*”, in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, coll. “Les Chaires constitutionnelles de Paris I”, 2007 189 e ss.

¹⁹¹ Per le considerazioni che seguono si veda M. FABRE, MAGNAN, *Le dommage existentiel*, Recueil Dalloz – 2010 – n. 00, 2 et s.

come un interesse giuridicamente protetto, non ne è stata riconosciuta una tutela risarcitoria.¹⁹²

Il secondo caso è quello relativo alla negazione del diritto al risarcimento per il fatto di essere nato, rispetto al quale la L. 4.03.2002 meglio nota come Legge Anti *Perruche*, la quale ha negato che possa dirsi sussistente un pregiudizio per il semplice fatto di essere nato, posto che la vita non può essere considerata un evento pregiudizievole. Non potendo allora trovare alcun appiglio volto a limitare in qualche modo i pregiudizi ristorabili, i giudici francesi hanno fatto sovente applicazione della nozione di causalità, al fine di porre un argine alle domande risarcitorie.¹⁹³

In un'ottica comparativa, gli altri diritti della responsabilità civile hanno posto, sul modello tedesco, una lista chiusa di interessi protetti rispetto ai quali la violazione costituisce pregiudizio riparabile. Tale lista ha l'evidente precipuo scopo di limitare la tutela risarcitoria da un lato, ma ancora prima di permettere di non considerare "pregiudizio riparabile" ciò che non rientra nel catalogo, sì da escluderne appunto il risarcimento. Lo stesso §823 statuisce che "chiunque, intenzionalmente o per negligenza, attenta illegittimamente alla vita, al corpo, alla salute, alla libertà e alla proprietà, o a tutti gli altri diritti altrui è tenuto a riparare il pregiudizio cagionato ad altri".

Ora, l'enorme proliferazione della tutela risarcitoria che si è avuta nel sistema italiano è stata in parte dovuta alla categoria del danno esistenziale, che ha permesso di risarcire una serie di danni, che dopo le Sezioni Unite San Martino sono stati catalogati, grazie alla clausola bagatellare, come futili ed irrilevanti, e dunque non meritevoli di tutela. L'analogia tipologica di danno nel sistema francese può essere rinvenuta all'interno del pregiudizio morale, piuttosto che all'interno di un pregiudizio "corporale" alla persona, a differenza del sistema italiano che invece lo ingloba all'interno della categoria omnicomprensiva del danno non patrimoniale.

Più nel dettaglio, esso può trovare corrispondenza nel *préjudice d'agrément*, esso è una sorta di pregiudizio "da vita sprecata" e serve ad indennizzare la vittima che a causa di un pregiudizio corporale, non può più esercitare talune attività pratiche che in precedenza svolgeva. Anche il diritto francese, come quello italiano, intende riparare le

¹⁹² Cass., ch. mixte, 27.02.1970, D. 1970-201, note COMBALDIEU, JCP G 1970, II, 16305, concl. Lindon, note Parlange.

¹⁹³ Sul punto, in particolare sulle ragioni per le quali il legislatore ha limitato la responsabilità nonostante l'errore diagnostico prenatale si veda M. E. BOURSIER, *La revanche de la jurisprudence Perruche ou l'inconventionnalité de la loi Anti-Perruche?*, LPA, 2002, n. 108, 4 e ss.

sofferenze della vita quotidiana prodotte da una condotta pregiudizievole. La Corte di Cassazione tenta allora di dare una definizione a tale tipo di pregiudizio, statuendo che si tratta di un pregiudizio subiettivo di carattere personale risultante dalle sofferenze avvertite sulle condizioni dell'esistenza.¹⁹⁴ Tale tipo di pregiudizio, letto in una chiave estensiva rispetto alla precisazione fornita al riguardo dall'Assemblea Plenaria, è stato utilizzato per giustificare una tutela risarcitoria per le vittime dell'amianto: oltre al danno fisico subito, essi avrebbero di riflesso patito un pregiudizio ristorabile per essere state private della vita fisica, sociale o familiare in conseguenza ad esso.

Stante la necessità di individuare allora distinti pregiudizi, il sistema francese ha iniziato a distinguere nettamente le diverse voci di pregiudizio risarcite, posto che in un primo momento venivano tutte conteggiate all'interno di una quantificazione globale, come visto. Tuttavia, si è assistito subito ad una tendenza espansiva e ad una lettura altrettanto *lata* dei pregiudizi in parola. Il 28.05.2009 la Corte di Cassazione ha inteso fornire una più dettagliata nozione di *préjudice d'agrément* in senso ancora più soggettivo, ossia l'impossibilità per la vittima di esercitare un'attività specifica, sportiva o attinente al tempo libero che prima invece praticava.¹⁹⁵ Ciò non significa che i più generali pregiudizi alle condizioni dell'esistenza e della vita quotidiana non sono più riparabili, ma solamente che trovano la loro tutela sotto una diversa etichetta, ossia essi rientrano nel c.d. "deficit funzionale". Esso si distingue in temporaneo, per tutte le perdite anteriori alla consolidazione (inteso quale perdita della qualità della vita e della felicità durante la malattia traumatica), e deficit permanente, successivo alla consolidazione del danno, ed esso attiene alle funzioni fisiologiche, e ricomprende la perdita della qualità della vita e le sofferenze che si ripercuotono sulle condizioni dell'esistenza personale, familiare e sociale.

Grazie alla differenziazione delle poste risarcite, alla vittima è così accordata una somma ulteriore a titolo di pregiudizio specifico "*d'établissement*" per il fatto stesso che la vittima ha visto distrutti i suoi progetti di vita.

Ciò posto, stante l'inflazione nominalistica che caratterizza anche il sistema francese, il problema che si pone è cercare in qualche modo, una volta delimitata la nozione di tale pregiudizio, di affrontare la questione relativa alla possibilità di risarcire il pregiudizio esistenziale in assenza di un danno biologico: ad esempio l'attesa

¹⁹⁴ Cass. ass. plen., 19.12.2003, n. 02-14783, D. 2004. 161, note Y. LAMBERT, FAIVRE, et 2005. 190, obs. P. Jourdain; JCP G 2004. I. 163, n. 32, obs. G. Viney, et II. 10008, obs. P. Jourdain.

¹⁹⁵ Cass. civ., n. 08-16829, JCP G 2009. I. 248, n. 1, obs. C. BLOCH.; D 2009. 1606, obs. I. GALLMEISTER, et 2010.53, obs O. GURT; RTD civ. 2009., 534, obs. P. Jourdain.

stressante in aeroporto, le disfunzioni di un servizio pubblico, il fatto di non aver potuto partecipare ad una partita di football e così via. Se l'ordinamento italiano in un primo momento ha accordato una tutela risarcitoria a tali tipi di pregiudizio, dando il via alla proliferazione risarcitoria poi frenata dall'arresto delle Sezioni Unite San Martino, l'ordinamento francese si è ben guardato dal prendere in considerazione tali tipi di pregiudizio in assenza di un pregiudizio *corporel*.

Una parte della dottrina francese, analogamente a quanto avvenuto nel panorama italiano, si rende conto che è necessario individuare una tipologia specifica e non troppo lontana di pregiudizi ristorabili poiché la responsabilità civile non può assumere il ruolo di strumento atto ad alleviare i malumori e le sofferenze in via generale, ma deve invece indennizzare solamente gli interessi giuridicamente protetti. Tuttavia, se per il panorama italiano la categoria di interessi giuridicamente protetti è data dal catalogo "semi aperto" di cui all'art. 2 Cost., manca nel diritto francese un'indicazione "specificata" in tal senso, di qui gli inconvenienti di una riparazione illimitata.¹⁹⁶ Per converso, la moltiplicazione dei pregiudizi morali riparabili ha portato anche in Francia ad un abuso da parte delle vittime, di talché anche in seno all'ordinamento Francese si porrebbe l'esigenza di arginare tale fenomeno.

Si consideri peraltro che, come taluno ha osservato all'interno del nostro panorama nazionale, il danno morale è stato da alcuni considerato una sorta di pena privata, ossia di danno punitivo. Ciò nonostante, in seno alla discussione circa la loro ammissibilità, come di seguito si vedrà, nel tentativo di legittimarli in una chiave solidaristica, si è proposto (Progetto preliminare di riforma del diritto delle obbligazioni M. Catala) di versare questi danni non già alla vittima, bensì al Tesoro pubblico.

Ciò che conta è che, tuttavia, l'inflazione nominalista che caratterizza anche l'ordinamento francese ed il tentativo di dare un nome ai dolori morali o psicologici, come le pene, l'indignazione, lo stress, l'angoscia, la fatica, non può essere una ragione sufficiente per accordarvi una riparazione. Il fatto di dare un nome a tali pregiudizi, e dunque in qualche modo distinguerli, al contrario, dovrebbe semplicemente permettere alla vittima di comprendere se essi sono stati o meno presi in considerazione e liquidati dal giudice nell'ambito del danno non patrimoniale. Ecco che se l'inflazione nominalistica ha cagionato nel panorama italiano una sorta di "restrizione monetaria",

¹⁹⁶ Si è allora iniziato a parlare nel panorama francese di "proporzionalità", giustificando così il meccanismo di selezione degli illeciti meritevoli di tutela. Si veda sul punto S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, coll. "Publications des facultés universitaires Saint Luis", 2001, 25 e ss.

ossia una sorta di forfaitizzazione del pregiudizio sulla base di una quantificazione standardizzata ed ancorata a parametri oggettivi, salvo possibilità di personalizzare tale danno, qualora abbia superato il vaglio posto dalla clausola di solidarietà, nel sistema francese, al contrario, le tabelle non sono sufficienti a giustificare una decisione.

Ciò premesso, è allora evidente che il sistema francese, in parte per lo stesso concetto di danno storico che esso accoglie - in parte per l'atteggiamento favorevole rispetto ad una tutela risarcitoria lata - è più propenso ad una tendenza espansiva, volta ad accordare il pregiudizio piuttosto che a limitarlo, in netta contrapposizione a quanto sta avvenendo all'interno del panorama italiano, soprattutto dopo l'esplicitazione del fenomeno per effetto del già citato intervento della Corte Costituzionale sul sistema tabellare per i danni da lesione micro - permanente, per vero già implicitamente insito nel sistema in numerosi arresti giurisprudenziali.

A confermare questa tendenza espansiva dell'ordinamento francese, piuttosto che una tendenza restrittiva, vi è proprio l'art. 1240 Code Civil, l'equivalente appunto del nostro principio del *neminem laedere*. Se infatti il legislatore e la giurisprudenza si sono da un lato sensibilizzati verso la posizione del responsabile, cercando in qualche modo di limitare la sua responsabilità, o meglio di renderla proporzionale, come meglio di qui a breve si dirà, dall'altro si sono ugualmente concentrati, in altre occasioni, sulla tutela della vittima.¹⁹⁷ Accanto infatti a talune disposizioni esclusive che tendono ad attribuire una certa libertà d'azione al responsabile, per effetto del "contenimento" della sua responsabilità, ve ne sono parimenti altre che, al contrario, sono state elaborate al fine di facilitare l'indennizzo per la vittima. L'art. 1240, in quanto clausola generale, infatti è un utile strumento a favore della vittima che altrimenti non potrebbe ottenere una riparazione.¹⁹⁸

Di talché, sul medesimo articolo si innestano esattamente due tendenze opposte: da un lato quella volta a limitare o contenere la responsabilità del responsabile, dall'altro quella volta a facilitare la tutela per la vittima, sì da rafforzarla. Tale fenomeno lo si rinviene sia nella legislazione relativa alle vittime di incidenti e malattie sul lavoro, sia per le vittime della circolazione stradale o del trasporto aereo, o ancora, il Codice della Proprietà intellettuale. Sebbene si noti immediatamente che tali relazioni

¹⁹⁷ In particolare, sul significato di proporzionalità nella responsabilità civile francese, in particolare al fine di scorgere le tre esigenze sottese all'introduzione del principio di proporzionalità si veda S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, cit.

¹⁹⁸ J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code Civil en matière extracontractuelle*, L.G.D.J., 2007, 127 et s.

sono inserite in un rapporto contrattuale, tuttavia l'applicazione dell'art. 1382 non è esclusa, nonostante sussista il divieto di cumulare responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.¹⁹⁹

Sicché, parrebbe possa trovare applicazione il solo art. 1147 Code Civil. In realtà non è esattamente così, il divieto di cumulo vale solo in presenza di un'obbligazione che trova la sua fonte in un contratto concluso tra la vittima e il suo debitore convenuto, ma se l'obbligo violato trova la sua fonte in una disposizione legale e non esclusivamente contrattuale, la responsabilità extracontrattuale può ritrovare il suo respiro. Lo stesso, allorché la vittima agisca contro un terzo rispetto al contratto concluso con il suo datore di lavoro, la clausola generale interviene nuovamente. Ecco che il divieto di cumulo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale non si pone in questi casi. Lo stesso, le vittime indirette potranno agire *ex art. 1240* nella misura in cui non è per loro consentito agire in via contrattuale.²⁰⁰

Ciò che si sta cercando di dire è che nell'ordinamento francese vi è una sorta di utilizzo correttivo dell'art. 1240 allorché, paradossalmente, la legislazione speciale non riesce ad accordare una tutela sufficiente atta ad indennizzare la vittima. In altre parole, la clausola generale del *neminem laedere* interviene in via correttiva ove la legislazione di parte speciale, che su essa prevale in virtù di tale specialità non può trovare applicazione data la difficoltà di dimostrare, ovvero l'impossibilità di ritenere sussistenti gli elementi costitutivi di tali forme di responsabilità.

Si pensi appunto al caso degli incidenti e delle malattie sul lavoro, ci sono numerosi casi in cui il Codice della Sicurezza sociale indennizza parzialmente talune vittime che non hanno la possibilità di dimostrare l'esistenza di un fatto generatore di responsabilità civile, e questo è probabilmente il motivo per il quale la giurisprudenza ha tentato di estendere al massimo il concetto di "incidenti" e di "malattie" sul lavoro, allorché infatti tali due qualificazioni non possano dirsi esistenti, in quanto non provati, la vittima non può essere indennizzata.

Ecco allora che può soccorrere l'art. 1240 Code Civil, come del pari anche nel caso in cui il datore di lavoro abbia ommesso di dichiarare l'intervenuto incidente sul lavoro pur essendone a conoscenza, o quando la vittima indiretta non possa trovare adeguata tutela per effetto delle disposizioni del Codice della sicurezza sociale. Di qui

¹⁹⁹ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2005, 50 et s.; G. VINEY, *Traité du droit civil. Introduction à la responsabilité*, II ed., LGDJ, 275 et s.

²⁰⁰ G. VINEY, *L'avenir des régimes d'indemnisation indépendants de la responsabilité civile*, Mélanges Draï, Dalloz, 2000, 671.

l'effetto espansivo dell'art. 1240 con riferimento alla tutela della vittima, il quale interviene per mitigare l'assenza totale di indennizzo a causa delle previsioni della legislazione speciale, che in prima battuta, in quanto tale, ha prevalso sul principio generale del *neminem laedere*.

In realtà, tale meccanismo correttivo dell'art. 1240 non è andato esente da critiche, soprattutto considerando il principio *lex specialis derogat generali* in base alla quale tra le due norme dovrebbe trovare applicazione quest'ultima, con conseguente definitiva esclusione della prima, di modo tale che qualora la vittima non ne ottenga tutela per suo tramite per carenza degli elementi costitutivi della responsabilità, la conclusione non può essere che l'assenza di una tutela indennitaria.

Per vero, l'ordinamento francese non sembra andare sempre unicamente nella stessa direzione: accanto ad una sicura e prevalente tendenza "espansiva" per quel che concerne la tutela della vittima della condotta illecita, vi è del pari, una timida nascita di una tendenza "restrittiva".

L'art. 4 della Dichiarazione del 1789 stabilisce il principio costituzionale di responsabilità,²⁰¹ ossia esso recita "*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi*", ma tale principio è suscettibile di subire delle limitazioni a condizione che siano giustificate da un "motivo di interesse generale".²⁰²

Tali limitazioni devono pertanto essere giustificate ed altresì proporzionate nel momento in cui vanno ad incidere sui diritti fondamentali, ed esse sono giustificate proprio in ragione del fatto che il principio di integrale riparazione del danno non è un principio costituzionale, e pertanto esso ammette deroghe, ove siano ragionevoli e proporzionate, come di qui a breve si vedrà.²⁰³ Del resto, negli stessi termini si è espressa la Corte Costituzionale italiana nella sent. 235/2014 poc'anzi oggetto di trattazione, la quale ha ammesso in virtù dell'art. 2 Cost. una deroga al principio di

²⁰¹ J. SALVE DE BRUNETON, "*Les principes constitutionnels et la responsabilité civile*", *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, 407.

²⁰² J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 op. cit.*, 241 et s.

²⁰³ In particolare, si osserva come il principio operi anche innanzi alla necessità di riparare il pregiudizio che colpisce diritti fondamentali, sul punto si veda f. Marchadier, *La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2009, 245 e ss. L'A. osserva come la limitazione della risarcibilità dei diritti fondamentali per l'operare del principio di proporzionalità se per un vero è ammessa, per altro è sottoposta all'attenta analisi del Conseil Constitutionnel.

integrale riparazione del danno, facendo salva la possibilità di escludere una parte di esso che in via generale e astratta sarebbe risarcibile per la vittima dell'illecito. Tali limitazioni possono dirsi costituzionalmente legittime solo ove siano appunto giustificate da un superiore interesse che è rappresentato dalle esigenze sociali di solidarietà, ossia dalla necessità di contenere i premi assicurativi.

Ciò posto, sul piano della giustificazione di tali limitazioni, che possono anche avvenire sia per mano della giurisprudenza che per mano del legislatore, l'interesse generale è una delle condizioni classiche di validità delle limitazioni apportate ai principi costituzionali.²⁰⁴

Il Consiglio Costituzionale gode di grande discrezionalità nel vagliare tali limitazioni, ma in ultima analisi esso apporta un semplice controllo di motivazione. Tali limitazioni per interessi generali trovano il loro fondamento sia sul principio di uguaglianza, sia su quello di responsabilità.²⁰⁵ Del resto il principio di uguaglianza non si oppone a che il legislatore regoli situazioni diverse in modo diverso, talvolta derogando ad un eventuale principio "pieno" di responsabilità per il tramite appunto del principio di proporzionalità. Quest'ultimo richiede però una triplice esigenza: la limitazione è ammessa solo se essa è adeguata, necessaria e strettamente proporzionata al proposito che vuole raggiungere.²⁰⁶

Con riferimento all'adeguatezza, essa è ben espressa nella decisione del 7.11.1989, ed essa ha riguardo all'immunità dei parlamentari,²⁰⁷ prevista dall'art. 26 della Costituzione. In tale episodio però il Consiglio costituzionale si è espresso nel senso dell'inadeguatezza del motivo di interesse generale, posto che la limitazione della responsabilità non può essere giustificata dall'art. 26, avuto riguardo all'obiettivo conseguito, nella fattispecie l'esercizio delle funzioni parlamentari. Con riferimento alla necessità, la limitazione della responsabilità deve potersi dire l'unica misura possibile per raggiungere l'obiettivo del legislatore.

²⁰⁴ B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, tome 562, 2015, n. 15 s. V. Traullé, 39 et s.

²⁰⁵ In particolare, per meglio comprendere come operi la responsabilità civile in Francia sul punto, ossia come possa esplicarsi la funzione riparatoria, si veda M. BACACHE, GIBELI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, coll. "corpus de droit privé. Traité de responsabilité civile", II ed., 2012, 4 e ss. Ci si chiede cioè se il principio costituzionale di responsabilità, pur mitigato da questa stessa proporzionalità, sia stato previsto e consacrato per migliorare in qualche modo il risarcimento per la vittima o per garantire di sanzionare l'autore dell'illecito.

²⁰⁶ B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, op. cit., 43 et ss.

²⁰⁷ CC, n. 89-262 DC, 7.11.1989, Loi relative à l'immunité parlementaire.

Per quel che infine concerne il terzo presupposto, ossia la proporzionalità, è necessario, affinché non vi sia un contrasto con il principio di responsabilità, che la sua limitazione non sia sproporzionata, ossia non deve comportare conseguenze eccessive, e al fine di valutare ciò, il giudice deve fare una comparazione tra costi e benefici. È chiaro che il giudice nel procedere ad un simile vaglio gode di grande discrezionalità, e non sempre è facile individuare i criteri per il tramite dei quali si potrebbe apporre un controllo sull'operazione giudiziale. Per vero avendo riguardo ad alcune decisioni giudiziali sul punto si possono individuare due criteri guida per il giudizio di responsabilità, ed essi si basano sui principi di uguaglianza e di responsabilità.

Ora, è necessario distinguere tra limitazione parziale e limitazione totale della responsabilità. Il Consiglio Costituzionale rileva infatti che può essere ammessa solamente una "limitazione" della responsabilità, non già una sua totale elisione, e dunque ammette la sola limitazione "parziale" posto che l'art. 1240 Code Civil non può essere *in toto* derogato.²⁰⁸

Le limitazioni totali della responsabilità non sono dunque ammesse, e ad esse vanno ricondotte quelle limitazioni che il Consiglio ritiene eccessive. Ciò posto, al fine di limitare la responsabilità si ha riguardo alla gravità della colpa, ed il Consiglio si preoccupa di censurare tutte quelle disposizioni normative che esonerano l'autore del danno per i fatti particolarmente gravi. Un ulteriore strumento per giustificare la limitazione di responsabilità è l'esercizio di un diritto fondamentale da parte dell'autore del danno.²⁰⁹

I diritti fondamentali non sono infatti solo a servizio della vittima del danno, bensì possono essere invocati anche dal suo autore al fine di vedere limitata la sua responsabilità, posto che l'esercizio degli stessi avrebbe per così dire una sorta di effetto giustificativo. Tuttavia, ciò non può essere inteso in senso assoluto, posto che ove il titolare del diritto fondamentale ne abusi, ossia ne oltrepassi i limiti esterni, alcuna legittima limitazione della responsabilità può essere scorta. Il fatto di poterli invocare per limitare la responsabilità si giustifica con riguardo ad attività che possono essere dannose, ma che sono di utilità sociale. Per converso, ove il loro esercizio non sia di utilità sociale, la responsabilità dell'autore del danno non può che dirsi sussistente. Rientrano tra i diritti fondamentali che legittimano il fenomeno in parola il diritto di

²⁰⁸ CC., n. 83 DC, 20 Julliet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, considerant 73.

²⁰⁹ B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, op. cit., 204 et ss.

sciopero, la libertà di espressione, la libertà di concorrenza, il diritto di ricorrere all'organo giudiziale.

Si deve peraltro dare atto che tale fenomeno non è esclusivo dell'ordinamento francese, posto che, per vero, con riferimento al diritto di sciopero, l'effetto giustificativo accordato all'esercizio del diritto fondamentale rispetto alla responsabilità civile è conosciuto non solo dal Consiglio Costituzionale francese, ma altresì dalla Corte di Cassazione, dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.²¹⁰

Si può pertanto notare una certa convergenza di vedute, peraltro tutte convergenti verso un assunto di fondo che è dato dal principio di non contraddizione: se infatti l'ordinamento accorda un diritto, e peraltro giudicandolo fondamentale lo fa prevalere rispetto ad altri diritti privi del medesimo attributo, non può poi contraddirsi sanzionando il soggetto nel momento in cui esercita tale diritto. Se a ciò dovrebbe allora conseguire una totale assenza di responsabilità per il fatto stesso di avere esercitato un diritto fondamentale, del pari si deve osservare che tale esercizio può a sua volta confliggere con altri diritti fondamentali cagionando un pregiudizio, di talché necessita di un bilanciamento. All'esito di tale bilanciamento, ove la vittima destinataria della condotta costituente esercizio di un diritto fondamentale abbia subito un danno, deve poter essere indennizzata, ancorché non *in toto*, posto che essa deve sopportare una parte di danno in ragione del fatto che la condotta del danneggiante costituisce estrinsecazione di quello stesso diritto fondamentale, che non può essere *in toto* negato pena la contraddizione dell'ordinamento giuridico.

Sulla stessa direzione, ma sulla base di una diversa razionalità giuridica, bisogna dare atto di due recenti arresti giurisprudenziali del Consiglio Costituzionale francese, che sembrano andare nella stessa tendenza restrittiva del sistema giuridico italiano, seppure non chiamando esplicitamente in causa un principio di solidarietà sociale, bensì agganciando la giustificazione di tale atteggiamento restrittivo nei confronti della responsabilità del soggetto danneggiante, sulla base di un controllo di proporzionalità sotteso ad un diverso principio costituzionale, vale a dire il principio di uguaglianza. Invero ci si chiede se effettivamente i due fenomeni, quello italiano che pone in capo alla vittima un dovere di sopportare solidaristicamente una parte di danno per esigenze

²¹⁰ Si veda sul punto GROUPE DE RECHERCHE EUROPÉEN SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET L'ASSURANCE, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la responsabilité civile et l'assurance (GRECA), IRJS Éditions, coll. "Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc", 2012.

superiori (quali ad esempio limitare i costi assicurativi e garantire a tutti l'accesso ai premi), e quello francese che parla invece di limitazione proporzionale della responsabilità per "motivi di interesse generale", vadano davvero nella stessa direzione, ovvero siano fenomeni diversi e paralleli, privi però di un punto d'incontro comune.

Invero, si può criticamente osservare che se diversa è la giustificazione da un punto di vista dei principi costituzionali posti a fondamento della scelta politico legislativa, eguali ne sono gli effetti.²¹¹ Infatti, anziché guardare alla *vittima* dell'illecito e per tal via parlare di limitazione del risarcimento ad essa accordata stante un dovere solidaristico di sopportarne una parte,²¹² si è preferito guardare all'*autore* della condotta illecita, e parlare di limitazione della sua responsabilità "per un motivo di interesse generale", ma con la chiara conseguenza di limitare la tutela risarcitoria per la vittima. Tale limitazione è agganciata all'esigenza di una certa proporzionalità tra il danno subito e la valutazione della responsabilità, ed ha l'evidente precipitato logico giuridico di limitare la quantificazione del danno, che - in ultima analisi - per l'eccedenza verrà sopportato dalla vittima per effetto della limitazione della responsabilità giustificata a monte dalla mancanza di una valenza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno.

Questa nuova esigenza si pone sulla constatazione che le regole di responsabilità non possono essere "eccessivamente severe" per l'autore del danno, soprattutto per quanto riguarda la responsabilità solidale e la responsabilità per fatto altrui.

La prima decisione è quella del Consiglio Costituzionale del 31 luglio 2015,²¹³ ha specificatamente riguardo alla responsabilità solidale, o meglio alle obbligazioni solidali, ed esso statuisce che la legge può prevedere una solidarietà nel pagamento di certe obbligazioni allorché le condizioni di questa solidarietà siano giustificate e proporzionate all'obiettivo perseguito dal legislatore. In altri termini, la responsabilità solidale potrebbe rappresentare un *vulnus* al principio costituzionale di responsabilità.²¹⁴

²¹¹ A. SUPLOT, *Au – delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission européenne*. Paris, Flammarion, 1999, trad. it., a cura di E. MINGIONE, P. BARBIERI, *Il futuro del lavoro*, c. CAROCCI, 2003; ma anche id. A. SUPLOT, *Ni assurance ni charité: la solidarité*, «*Le Monde diplomatique*», n. 728, novembre/2014, 3.

²¹² A. SUPLOT, *La solidarité. Enquete sur un principe juridique*, Odile Jacob, 2015;

²¹³ Cons. Cost., 31.07.2015, n. 2015-479 QPC, D., 2015.1709, chron. F. DUQUESNE, RSC 2015; vedi sul punto B. GIRARD, *Le retournement du principe constitutionnel de responsabilité en faveur des auteurs de dommages*, Recueil Dallaz.

²¹⁴ Si veda a tal riguardo, per un approfondimento, la monografia di M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993.

La seconda decisione del Consiglio Costituzionale riguarda invece l'art. 4231-1 del Codice del lavoro,²¹⁵ e concerne le condizioni di lavoro collettive incompatibili con la dignità umana le quali devono farsi immediatamente cessare. In questa occasione il Consiglio Costituzionale ribadisce nuovamente l'esigenza che la responsabilità sia proporzionale.

Le due decisioni in parola segnano un'evidente rottura rispetto al passato, rispetto al quale il principio di responsabilità (inteso quale una sorta di costituzionalizzazione dell'art. 1240 del Code Civil) è sempre stato visto come uno strumento al servizio della vittima del danno, di modo tale che essa invocandolo, possa ampliare le proprie prerogative di tutela, come poc'anzi visto a proposito della tutela integrativa dell'art. 1240 Code Civil. Il principio in parola impone di non creare né una responsabilità eccessiva, né una troppo lieve, e pertanto può essere invocato non solo dalla vittima del danno, bensì anche dall'autore dello stesso, al fine di limitare la propria responsabilità. Ma allora la questione si sposta nell'intento di comprendere a quali condizioni una regola di responsabilità, positivamente dettata dal legislatore, possa essere considerata dal Consiglio Costituzionale troppo severa e quali sono dunque le regole di responsabilità che in tal senso possono essere messe in discussione, oltre che valutare se tale controllo di proporzionalità sia davvero opportuno.

Con riferimento dunque a due previsioni legislative, ossia la responsabilità solidale e la responsabilità per fatto altrui il Consiglio Costituzionale si è espresso nel senso di un attentato al principio costituzionale di responsabilità, garantito dallo stesso art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, posto che le stesse causano una responsabilità "eccessiva".

È chiaro che non tutte le norme che stabiliscono una responsabilità solidale ovvero una responsabilità per fatto altrui sono passibili di essere giudicate sproporzionate, ma posso essere tali solo all'esito di un controllo caso per caso valutato dal Consiglio Costituzionale. In altre parole, una regola di responsabilità non è classificata proporzionata o sproporzionata in assoluto, ma avuto riguardo all'obiettivo perseguito. Se questo è l'assunto di partenza, costituente il *fil rouge* di questo nuovo indirizzo giurisprudenziale, allora altre previsioni legislative, al di fuori delle due considerate, potrebbero essere passibili di giudizio di proporzionalità o sproporzione.

La decisione del 22.01.2016 potrebbe infatti essere posta a fondamento non solo della responsabilità per fatto altrui, ma del pari anche con riferimento a tutte quelle

²¹⁵ Cons. Cost., 22 janvier 2016, n. 2015-517 QPC, D., 2016.206; Dr. Soc. 2016.372, étude F. MULLER.

ipotesi di responsabilità senza colpa.²¹⁶ Condannare un soggetto al risarcimento del danno quando non è in colpa, potrebbe significare l'integrazione di una responsabilità sproporzionata, che invece per essere all'opposto proporzionata dovrebbe parametrare la prima alla seconda. Ecco che allora il soggetto potrebbe rispondere solo per colpa, con conseguente giudizio di sproporzione per tutte le ipotesi, seppur codificate, di responsabilità oggettiva.

Ciò posto, la dottrina francese si è chiesta se un simile controllo di proporzionalità da parte del Consiglio Costituzionale sia giustificato da un punto di vista teorico, e se è opportuno da un punto di vista giuridico. Certo è che se da un lato tale controllo di costituzionalità sembra essere teoricamente giustificato, sulla base dell'art. 4 della Dichiarazione, è parimenti politicamente rischioso.²¹⁷

Si osserva però che nel panorama francese c'è un certo timido fermento in merito alla responsabilità civile nel ripensarne i suoi tratti caratteristici: taluni principi tradizionalmente tipici del diritto penale, quali il principio di legalità, di necessità, di proporzionalità, di personalità della responsabilità sembrano invadere il campo di applicazione proprio della responsabilità civile. Sulla base di ciò si è potuto avere l'ingresso nell'ordinamento francese di certe sanzioni aventi un carattere punitivo, in contrasto con una funzione solo risarcitoria-riparatoria della responsabilità civile, come di qui a breve si vedrà.

La stessa decisione sulla responsabilità solidale del 31 luglio 2015 poc'anzi menzionata potrebbe rappresentare una sorta di sanzione con le caratteristiche della punizione, posto che avrebbe per così dire una funzione di "garanzia al recupero", posto che il responsabile solidale può agire contro l'autore principale del danno per ottenere un rimborso. Tale fenomeno presenta vantaggi e svantaggi.²¹⁸

Sotto il profilo dei vantaggi certamente si permette al Consiglio Costituzionale di ovviare a taluni eccessi di responsabilità che l'applicazione meccanica del diritto positivo potrebbe comportare, e questo non è che il riflesso del mutamento di prospettiva attuatosi nella responsabilità civile, per molto tempo concentrato sull'autore del danno, progressivamente evoluto per focalizzarsi sulla situazione della vittima. L'obiettivo principale della responsabilità civile è del resto quello di "ristabilire il più possibile l'equilibrio distrutto per effetto del danno". Per perseguire tale obiettivo il

²¹⁶ Si veda sul punto B. GIRARD, *Le retournement du principe constitutionnel de responsabilité en faveur des auteurs de dommages*, Requeil Dalloz, 23 juin 2016 n. 23.

²¹⁷ *Ibidem.*

²¹⁸ *Ibidem.*

Consiglio Costituzionale utilizza il principio di uguaglianza, di modo tale da evitare ipotesi di responsabilità eccessive creando disparità di trattamento tra gli autori del danno.

Per contro, il fenomeno non è esente da rischi, nel senso che per il tramite della nuova interpretazione del principio costituzionale di responsabilità, esso potrebbe essere invocato come pretesto per contestare tutte le regole di responsabilità solidale o per fatto altrui, o ancora le decisioni giudiziali giudicate soggettivamente “troppo severe”, portando ad una sorta di visione “anarchica” della responsabilità, dove tutto può essere messo in discussione.

Invero, anche il sistema francese sta avendo qualche timida ipotesi di tendenza restrittiva nel risarcimento del danno, seppure settoriale, ossia in materia di diritto del lavoro, ne è testimonianza una decisione recente della Corte europea dei diritti dell'uomo (causa 010/2017 del 12 gennaio 2017) la quale ha confermato l'assoluta legittimità costituzionale di una riparazione del danno “forfettaria”, e tale assunto non sarebbe in contrasto con il principio di integrale riparazione del danno. Più nel dettaglio, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha sancito la non violazione del divieto di discriminazione nel trattare i lavoratori danneggiati dalla condotta illecita del loro datore di lavoro in modo diverso rispetto a qualsiasi altro danneggiato in situazioni diverse.²¹⁹ Non vi sarebbe in altre parole la violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 1 del Protocollo n. 1 CEDU. Il caso sottoposto alla sua attenzione concerne un soggetto vittima di una malattia causata per la colpa del suo datore di lavoro. La Corte francese ha accordato allo stesso, in conformità con la tradizione giuridica per la materia del diritto del lavoro, un risarcimento forfettario, ma nel caso di specie non integrale.

Si è allora invocato un contrasto con il principio del divieto di discriminazione, sconfessato però dalla stessa Corte Europea. Il 3.05.2007 il Tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil ha riconosciuto il carattere professionale della malattia, e sulla base di tale assunto la Corte Europea ha constatato che la vittima di un incidente sul luogo di lavoro o di una malattia professionale causata per la colpa del datore di lavoro non si trova in una situazione analoga e dunque comparabile a quella degli individui vittime di danni “corporali” causati per la colpa di un soggetto che non è loro datore di lavoro.²²⁰

²¹⁹ Requête n. 74734/14.

²²⁰ G. VINEY, *Pour ou contre un “principe général” de responsabilité pour faute? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens, Le droit privé à la fin du XX siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, 569 e ss.

Nel primo caso il meccanismo risarcitorio, e dunque in ultima analisi il risarcimento, è differente rispetto a quello vigente per il diritto comune. Esso riposa su una solidarietà e su una automaticità dello stesso, e non è integrale ma forfettario, salvo, nei casi di colpa inescusabile del datore, accordare un *surplus* risarcitorio. Si caratterizza per tre fasi: la prima è l'automatica considerazione dell'incapacità temporanea, la seconda è l'indennizzazione automatica dell'incapacità permanente, ed infine una terza fase che prevede una sorta di indennizzazione supplementare nei soli casi di colpa inescusabile del datore.

Nella restante generalità dei casi la vittima non può ottenere una riparazione integrale del pregiudizio, ma solo forfettaria, la quale non copre i pregiudizi extrapatrimoniali. Sembra quindi delinearsi una sorta di sistema “plafonato” ossia contenuto entro un indennizzo forfettario a prescindere dall'effettivo ammontare del pregiudizio subito. E di tale meccanismo in palese contrasto con il principio di integrale riparazione sembra esserne stata consacrata la legittimità anche a livello sovranazionale, ossia europeo.

Di conseguenza si hanno due dati importanti: il primo è che l'ordinamento francese prevede espressamente una “limitazione” ossia “forfettarizzazione” del danno in casi specifici, mediante una disciplina legislativa. Il secondo è che tale “forfettarizzazione” è stata considerata legittima dalla stessa Corte Europea ancorché si ponga in netto contrasto con il principio di integrale riparazione del danno, il quale, ad ogni buon conto, non ha valenza costituzionale per l'ordinamento francese.

Per vero, accanto a questa tendenza che più che restrittiva potrebbe considerarsi “contenitiva”, vi è una contrapposta tendenza “espansiva” tipica del sistema francese, ossia si permette al lavoratore di chiedere, indipendentemente dalla maggiorazione suddetta, anche la riparazione del pregiudizio causato per le sofferenze fisiche e morali, il pregiudizio estetico, quello derivante dalla perdita della possibilità di crescita professionale e il *préjudice d'agrément*.

Tale catalogo di pregiudizi non è peraltro tassativo, essendo stata riconosciuta per effetto della giurisprudenza del Consiglio Costituzionale del 18.06.2010 che questa enumerazione non è tassativa, ma al contrario suscettibile di essere estesa ad altri tipi di danni non compresi nel libro IV del Codice della sicurezza sociale, con ciò confermando la linea tendenzialmente espansiva del sistema risarcitorio francese, accanto a queste poche e sporadiche prese di posizione “contenitive”.

2.9. *Il risarcimento del danno patrimoniale. “Danno storico” e “danno giuridico”, danni mediati e riflessi. Il c.d. “danno da rimbalzo”.*

Proseguendo con l’analisi delle conseguenze dell’illecito aquiliano, si nota come oltre al filtro dell’ingiustizia solidale poc’anzi visto, che vale a selezionare a monte i “danni risarcibili” sul piano dell’*an*, vi sono una serie di “filtri ulteriori” che operano a valle dell’individuazione del danno risarcibile e che operano in sede di sua quantificazione.²²¹ Primariamente, il danno patrimoniale deve essere distinto in danno storico e danno giuridico. La differenza evidenzia uno scarto necessario insito nello stesso sistema tra il danno che effettivamente il soggetto ha subito, ed il danno che l’ordinamento ritiene risarcibile. Ad essere risarcito non è infatti il danno storicamente accorso al soggetto, bensì quello giuridicamente risultante dall’applicazione preventiva di una serie di filtri. All’esito di tale analisi si scorgerà come la solidarietà, come anticipato, opera quale “ulteriore filtro” tra il danno storico ed il danno giuridico, che a questo punto potrebbe essere classificato come “danno risarcibile”.

Analizzando in via generale l’obbligazione risarcitoria, tre sono i punti fondamentali da chiarire, in *primis* che cosa si intende per danno in termini “fattuali”, ed in questo si farà riferimento alla teoria differenziale, secondariamente cos’è il danno giuridico (ossia il danno che il legislatore ritiene risarcibile), e che si vedrà, non coincide a pieno con il danno storico dal momento che risente dei filtri dati dagli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c. e, da ultimo, come vada risarcito il danno.

Ora, per quel che concerne l’analisi del c.d. “danno fattuale”, si sono contrapposte, per molto tempo, due teorie: la teoria reale e quella differenziale.²²² In un

²²¹ Tale filtro solidaristico che pervade l’accezione stessa di “ingiustizia” è confermato da autorevole dottrina, si veda ad es. sul punto E. NAVARRETTA, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 804 e ss., la quale sostiene che “la tolleranza, affiancata alla solidarietà, sembra l’unica risposta possibile all’esigenza di protezione delle vittime”. Si veda sul punto anche L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un’incompiuta*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 476, secondo il quale “L’ingiustizia, in altri termini, è il grande selettore che decide della sorte del pregiudizio prodottosi nella sfera del danneggiato. E, del resto, la storia ormai quarantennale della responsabilità civile è contrassegnata, come è noto, da un progressivo superamento degli originari confini del “danno ingiusto” che ha portato quest’ultimo ben oltre le colonne d’Ercole del diritto soggettivo assoluto, Il discorso vale, a maggior ragione, per il danno non patrimoniale, giacché la formulazione restrittiva dell’art. 2059 c.c. rappresenta un ostacolo ben più consistente di quanto non fosse il richiamo all’ingiustizia dell’art. 2043 c.c. e, quindi, l’acribia evolutiva degli interpreti si è dovuta esercitare con maggiore intensità”.

²²² Per un approfondimento sulla *Differenztheorie* si rinvia, tra i tantissimi commentatori, a E. VON CAEMMERER, *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, in *Gesammelte Schriften*, I, Tübingen, 1968, 416 e ss.; A. ZEUNER, *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden*, in *AcP 163* (1964), 380 e ss. è appunto la teoria, o meglio la dottrina tedesca ad avere coniato la teoria c.d. “differenziale” cui il nostro ordinamento si è ispirato nel sistema di quantificazione del danno.

primo momento, infatti, si era accolta una nozione reale o atomistica del concetto di danno, intendendolo pari alla diminuzione di valore del bene, subita per effetto del comportamento illecito ovvero inadempitivo. Si faceva dunque riferimento al singolo bene, nella sua diminuzione di valore, atomisticamente considerato, senza avere riguardo alle conseguenze che la perdita di tale singolo bene produceva sul restante complessivo patrimonio del soggetto. Tale teoria partiva dall'assunto che non vi può mai essere un risarcimento del danno quantificato in misura superiore al valore economico del bene, e questo proprio per evitare le c.d. riparazioni "antieconomiche". La teoria è criticabile per diverse ragioni: innanzitutto si pone alla base la *fictio iuris* che il danno sia patito dal bene e non dal soggetto. Si finge inoltre che quel bene sia l'unico all'interno del patrimonio del soggetto, omettendo di considerare le ripercussioni negative su di questo per effetto della singola perdita, ed infine si finge che esista il solo danno emergente, considerando solo il bene presente all'interno del patrimonio al momento della condotta illecita, omettendo – per contro - di considerare il lucro cessante, in parziale *interpretatio abrogans* dell'art. 1223 c.c. che postula di valutare sia la perdita subita che il mancato guadagno.

Per effetto di tali criticità, oggi l'analisi economica del diritto, e l'intero assetto risarcitorio, postulano l'adesione alla c.d. "teoria differenziale" (elaborata da Mommsen nel 1855),²²³ secondo la quale il danno cagionato dall'illecito, ovvero dall'inadempimento non è individuabile nella semplice diminuzione di valore del bene colpito dall'atto antiggiuridico, bensì dall'incisione negativa che il patrimonio, complessivamente inteso, ha subito. Si deve infatti considerare che il danno non è patito dal singolo bene, bensì dal soggetto, che ha un patrimonio più ampio rispetto ad esso, e che pertanto può subire un danno maggiore.

Ne deriva che il danno non è parametrato all'*aestimatio rei* (la diminuzione di valore del bene), bensì sull'*id quod interest* (l'utilità che il soggetto ricava da quel bene) avuto riguardo all'intero patrimonio. Si potrebbe al riguardo parlare di *expectation interest*, per indicare il valore di realizzo di quel bene.

A ben vedere, anche questa teoria si basa su una *fictio*, quella di valutare cioè come sarebbe stato il patrimonio se l'illecito non ci fosse stato, il che postula una

²²³ T. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, 3 e ss., Secondo il quale il danno si verifica tutte le volte che si determina una diminuzione del patrimonio della vittima, ed esso si determina mediante la differenza tra il patrimonio di questa prima dell'illecito, e dopo. Il punto debole di questa teoria, è stato osservato, consiste nel considerare unicamente il tutto in un'ottica patrimonialistica, tale per cui, ad essere risarcibile secondo questa logica, sarebbe il solo danno patrimoniale.

comparazione tra una situazione patrimoniale fittizia ed una reale, attraverso un procedimento di eliminazione mentale. In tal modo, si riescono a superare le precedenti perplessità, posto che il danno va riferito al soggetto non già al bene, di conseguenza si riesce a valutare singolarmente qual è il danno a seconda dell'importanza che quel bene riveste nel patrimonio del soggetto, si permette di valutare le propagazioni oggettive dell'illecito, ossia di verificare se la perdita o l'incisione del singolo bene provochi diminuzione di valori anche negli altri beni presenti all'interno del patrimonio. Si possono altresì valutare e quantificare le cosiddette propagazioni soggettive dell'illecito, ossia di stimare come e se il danno al diretto danneggiato abbia provocato danni anche a soggetti a lui "vicini", in relazione di *proximity*.

La teoria in parola permette di eliminare tutte e sole le conseguenze dannose dell'illecito, ma non oltre, e di conseguenza consente di valutare che se l'illecito ha cagionato per un verso un danno, e per altro l'arricchimento. Questo va detratto dall'ammontare del risarcimento, secondo la logica della *compensatio lucri cum damno*,²²⁴ (caso classico è *l'aliunde perceptum* in seguito al licenziamento del lavoratore) in modo tale che la vittima venga solo "risarcita", senza permettere che essa "si arricchisca" per effetto dell'illecito.²²⁵ Inoltre, essa consente di valutare non solo l'incidenza negativa sui beni già esistenti nel patrimonio, ma anche la mancata acquisizione di nuovi beni che si avrebbe avuto se non vi fosse stato l'illecito. Ciò si risolve in un giudizio prognostico, che implica di considerare come sarebbe stato il patrimonio in assenza dell'illecito, e rimetterlo pertanto in quelle condizioni.

A ben vedere però anche questa teoria presenta delle criticità: essa infatti si attaglia solo al danno patrimoniale, solo per esso infatti si può eliminare in via ipotetica la conseguenza economica negativa prodotta dall'illecito, per il danno non patrimoniale invece, la sofferenza interiore non è eliminabile neanche economicamente.

²²⁴ U. IZZO, *La compensatio lucri cum damno come "latinismo di ritorno"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 5, 1738-1759.

²²⁵ Si veda in proposito l'Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 4447/2015 la quale si pone problema dell'applicabilità della *compensatio* al fine di defalcare dall'ammontare del risarcimento le somme percepite dal soggetto vittima di un incidente a vario titolo: quali ad esempio la pensione, la reversibilità, l'equo indennizzo. Essa si chiede in particolare se vadano defalcati dal danno i vantaggi percepiti per effetto del meccanismo previdenziale. Il problema è aperto, la soluzione dipende dal concetto di causalità: se rimango fermo nella teoria più rigorosa secondo la quale la *compensatio* si applica solo quando è unico il nesso causale che cagiona direttamente sia il danno che il vantaggio, mentre non è applicabile se il vantaggio non deriva da un comportamento illecito ma da altra fonte, allora la *compensatio* verrebbe di fatto abrogata: non sarebbe infatti mai possibile che il comportamento illecito produca direttamente un vantaggio, c'è sempre un altro fattore che si intermezza per l'arricchimento, se la Cassazione invece ammetterà la non unicità del fattore causativo del vantaggio, si amplierà la portata applicativa della *compensatio*.

Inoltre, essa non può essere applicata “allo stato puro”, ma postula l’esistenza di una serie di correttivi, che permettono di trasformare il danno storico in danno giuridico, questo solo risarcibile.

Questa “forbice” tra danno economico e danno giuridico è data dall’operare di una serie di previsioni legali del Codice Civile, ossia dagli artt. 1223 e 1227 c.c. che valgono tanto per il danno patrimoniale, quanto per quello non patrimoniale, per effetto del richiamo che l’art. 2056 c.c. ne fa espressamente, ed inoltre, per il solo danno patrimoniale, dall’art. 1225 c.c. In realtà i due danni hanno funzione diversa, posto che quello patrimoniale ha funzione non solo riparatoria ma anche sostitutiva della prestazione rimasta inadempita, mentre in campo extracontrattuale il danno ha una funzione unicamente risarcitoria.

Vi sono poi una serie di norme specifiche, infra ed extra codice, che permettono di derogare al principio di “integrale riparazione del danno”, e ciò per il fatto che tale principio non ha nel nostro ordinamento una copertura costituzionale. Basti considerare l’art. 1783 c.c. che limita la responsabilità dell’albergatore per le cose portate in albergo, o ancora le norme in tema di navigazione, ossia gli artt. 412 e ss. del Codice, il Codice del Consumo per la responsabilità del produttore, o gli stessi artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni, che di seguito si analizzeranno approfonditamente, o, cronaca e *novum* legislativo recente, l’art. 42 *bis* del Testo Unico in materia Espropriativa.

Tali norme, limitative della responsabilità, sono possibili proprio grazie al fatto che non vi è una copertura costituzionale del principio di integrale riparazione del danno, ragion per cui il legislatore può introdurre deroghe a tale principio, mediante previsioni di legge ordinaria. Esse, se in via di principio possono dirsi per tal ragione legittime, in concreto ne va verificata la loro ragionevolezza e non arbitrarietà (ad es. per un superiore interesse pubblico, ovvero per esigenze solidaristiche, o anche ai fini di un temperamento della responsabilità oggettiva).

Altre norme, sempre nell’ottica di differenziare danno “storico” e danno “giuridico” risarcibile, fissano criteri legali forfettari di liquidazione del danno, che esonerano il danneggiato dall’onere della prova e limitano parimenti il quantum risarcibile: basti considerare l’art. 1224 c.c., talune previsioni normative del D.lgs 131/2002 in materia di transazioni commerciali, o ancora talune previsioni legislative sul lavoro dipendente.

Vi sono poi delle norme che danno al giudice un potere di ridurre il danno, anche d'ufficio, a dispetto dell'effettivo danno subito dal danneggiato, e in deroga dunque al principio di integrale riparazione del danno: si pensi ad esempio all'art. 1384 c.c. che permette al giudice di ridurre, anche d'ufficio, la penale manifestamente eccessiva, ed oggi anche la caparra confirmatoria,²²⁶ o ancora l'art. 2030 c.c. per la gestione di affari altrui, tenuto conto delle ragioni solidaristiche del gestore, il quale ha curato scientemente un affare giuridico altrui affinché il gerito non subisse un danno per effetto dell'*absentia domini*. La legge prevede poi, in eccesso questa volta, non già in difetto, talune ipotesi speciali di aggravamento del danno in funzione sanzionatoria, involgendo tale problematica quella connessa dell'ammissibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento. Il tema in parola verrà approfondito nella trattazione, vagliando se siano ammissibili, stante la funzione solo riparatoria della responsabilità civile nel nostro ordinamento, forme di danni punitivi e di *disgorgement*.

Ecco dunque che a ben vedere, una volta verificata la sussistenza di un danno "storico" per il soggetto, vi è uno iato, o meglio uno scarto, tra il danno subito e quello effettivamente risarcito per effetto di una serie di indici normativi dati sia dal Codice Civile, sia dalla legislazione speciale, sia anche dalla discrezionalità del giudice, il più delle volte mossa o da un intento solidaristico per quanto riguarda l'illecito extracontrattuale, ovvero anche da uno riequilibratore, per l'illecito contrattuale. Sicché è fuori dubbio che non vi è, nel nostro ordinamento, un principio inderogabile di integrale riparazione del danno, salvo verificare però, se eventuali deroghe, in astratto legittime, siano anche giustificate in concreto da esigenze parimenti importanti.

Del resto, si noterà nel prosieguo della trattazione, il principio di integrale riparazione del danno si sta via via sgretolando con evidente pregiudizio per la vittima dell'illecito. Si tratta di capire se tale deroga, qualificabile senza timore quale *vulnus* per la vittima, possa trovare un'effettiva giustificazione, non solo sul piano giuridico.

Per quanto concerne invece il danno non patrimoniale, che di qui a poco si analizza, i filtri che operano sono diversi, avendo la stessa struttura del danno

²²⁶ La Corte Cost. ha in più occasioni statuito (Corte Cost. n. 248/2013, e n. 77/2014) ha chiarito che non c'è illegittimità costituzionale nella riscontrata differenza di trattamento tra penale manifestamente eccessiva, che può essere ridotta d'ufficio dal giudice, e caparra manifestamente eccessiva, che invece non prevede tale possibilità, post che non c'è alcuna lacuna normativa che evidenzia l'irragionevolezza, ai sensi dell'art. 3 Cost., di tale assenza. Applicando infatti il canone della buona fede e della solidarietà *ex art. 2 Cost.* devono ritenersi nulle, *ex art. 1418 co I c.c.* le pattuizioni confirmatorie che prevedono misure manifestamente eccessive. La nullità è rilevabile *ex officio* e può portare alla restituzione della caparra confirmatoria ovvero alla sua riduzione, secondo taluni, non già però per effetto di un potere del giudice, riequilibrativo, bensì per effetto di una nullità *ex art. 1418 c.c.*, appunto.

patrimoniale, anch'esso risente del concetto di ingiustizia solidale, anch'esso viene selezionato per effetto dell'operare degli artt. 1223 e 1227 c.c., grazie al richiamo ad essi da parte dell'art. 2056 c.c., ma risente di un ulteriore filtro, l'art. 2 Cost. Questo, se in un primo momento ha permesso di condurlo oltre le strette briglie della pressante tipicità dell'art. 2059 c.c. permettendo il risarcimento di tutti quei danni che ledono i diritti inviolabili dell'uomo, al di fuori delle sole specifiche ipotesi di reato, ad oggi sta avendo paradossalmente un'attitudine restrittiva, costituendo un filtro ulteriore unicamente per il risarcimento del danno non patrimoniale. Ci si riferisce, con tale fenomeno, non alla solidarietà sottesa alla stessa previsione dell'art. 1227 co. II c.c., che come si vedrà di qui a poco elide quei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare con il "minimo sforzo", ossia con una "diligenza ordinaria", in un'ottica appunto di cooperazione solidale, bensì all'operare del principio solidaristico in modo "puro", direttamente collegabile all'art. 2 Cost., al di fuori dei presupposti di cui all'art. 1227 co. II c.c.

In particolare, si consideri sin d'ora che per quanto concerne il danno non patrimoniale, esistono due tipi di danno biologico, uno "generale" ed uno "specifico". Il primo è regolato dalle Tabelle di Milano, e riguarda tutti i danni al di fuori delle ipotesi di responsabilità medica e da circolazione stradale, il secondo, quello "specifico" è regolato dagli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni per le lesioni gravi e lievi, per i danni derivanti dalla circolazione stradale e per la responsabilità medica, *ex art. 3 del c.d. Decreto Balduzzi*. Questa differenziazione, ed in particolare la limitazione del danno risarcibile a causa del sistema tabellare, ha portato alla questione di legittimità costituzionale di tale sistema, per assunto contrasto con gli artt. 2 e 3 della Carta Fondamentale, nonostante la possibilità di personalizzazione prevista. Il Vaglio di costituzionalità è stato tuttavia risolto positivamente dalla Consulta, sulla base di una serie di argomentazioni che nel prosieguo verranno analizzate.

Venendo alle previsioni normative delimitanti il c.d. "danno giuridico", esse sono date dagli artt. 1223, 1225, e 1227 del c.c.

Ora, l'art. 1223 c.c. è la principale norma di limitazione del danno giuridico, ma di essa si rende necessaria un'interpretazione costituzionalmente orientata ai sensi dell'art. 2 Cost.: si parte dall'assunto che sono risarcibili contrattualmente oltre che aquilianamente sia i danni patrimoniali sia quelli non patrimoniali. La norma recita: "il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la

perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.²²⁷

La norma in particolare riecheggia una dicotomia tra danno emergente e lucro cessante e la differenza tra essi si basa nell’attualità (o meno) della presenza del bene leso nel patrimonio al momento dell’illecito ovvero dell’inadempimento. In altre parole, vi è danno emergente se l’illecito cagiona un danno ad un bene già presente nel patrimonio del soggetto, non solo in senso materiale, ma anche giuridico, mentre vi è lucro cessante tutte le volte in cui l’illecito cagiona il mancato ingresso di questo, ma - si badi bene - il momento di tale valutazione non è quello in cui il giudice quantifica il danno, bensì il momento del fatto illecito.²²⁸

In particolare, per valutare se il bene è già presente nel patrimonio deve aversi riguardo ad un concetto di “attualità giuridica”, secondo il quale sono presenti nel patrimonio “giuridicamente” tutti i beni che sono oggetto di diritti già attuali e già esigibili, seppur materialmente ancora assenti. Parimenti, vi è lucro cessante quando si impedisce l’entrata nel patrimonio di nuovi diritti/beni. Ciò che balza subito agli occhi è l’interrogativo se vi sia o meno coincidenza tra danno presente – danno emergente, e danno futuro – lucro cessante. La risposta non può che essere negativa: l’equivoco nasce dalla prassi di ritenere che il concetto di “presente” o “futuro” debba essere relazionato con il momento in cui il giudice si pronuncerà sul danno, ma, a ben vedere, ciò non è corretto.

La caratteristica del danno va valutata, appunto, al momento in cui esso si verifica, e cioè al momento dell’illecito. I due attributi fanno infatti riferimento a momenti diversi: danno emergente e lucro cessante al momento in cui il danno si

²²⁷ M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, diretto da GALGANO, Roma, 2004, sub art. 2043, 22 e ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999, 318 e ss.

²²⁸ M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie “fatto illecito” a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005, 7 e ss. Sul punto si veda anche P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 14 e ss.; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti – art. 2043-2059*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 102 e ss. il quale sostiene che “È ben vero che la responsabilità aquiliana è una fattispecie complessa; nel contempo è innegabile che, dal punto di vista ricostruttivo, gli elementi che la compongono abbiano una autonomia propria, per individuare la quale è indispensabile procedere a scomposizioni. Per di più, proprio perché il danno risarcibile è sempre una “conseguenza”, occorre fissare il punto di inizio: l’antecedente. Questo punto di inizio si identifica proprio con il concetto di evento di danno, cioè con la modificazione esteriore, materiale o giuridica, della sfera della vittima per effetto: a) della condotta dell’autore, b) della posizione giuridica che ha un soggetto rispetto alla cosa, c) del collegamento stabilito dalla legge a carico di un soggetto con il fatto illecito compiuto da altri. [...] L’unica ipotesi di danno che si risolve nella lesione in sé è il danno morale, ma questo è altro dal danno patrimoniale per struttura e per funzione».

verifica, danno presente e futuro al momento in cui il giudice si pronuncia. Per cui può ben darsi che vi sia un lucro cessante passato, ed un danno emergente futuro.

L'aspetto più interessante da notare è poi quello che evidenzia che il risarcimento del lucro cessante viene considerato la regola solo per i fatti illeciti (contrattuali ed extracontrattuali) non anche per i fatti leciti. Ciò è stato graniticamente affermato dalle stesse Sezioni Unite 29.09.2008 n. 22385 le quali hanno osservato che in materia di arricchimento senza causa il soggetto arricchito non deve tenere conto anche del lucro cessante, questo sulla base di un dato letterale: la norma usa l'espressione "diminuzione" che evoca la sottrazione dal patrimonio di quello che già c'era in esso, non già un mancato ingresso. Inoltre, ciò è confermato da un argomento sistematico dato dal fatto che il 2041 c.c. non rinvia all'art. 1223 c.c., e questo perché oltre che per esigenze di giustizia sostanziale, sarebbe iniquo ed ingiusto trattare l'autore del fatto lecito in modo uguale all'autore del fatto illecito, posto che il disvalore della condotta del primo, il quale ha comunque cagionato un danno, non può dirsi eguale a quello del secondo, il quale ha posto in essere un'attività antigiuridica oltre che dannosa.

L'art. 1223 c.c. è poi una norma sulla causalità, posto che prevede il risarcimento di quei danni che siano "conseguenza immediata e diretta", in particolare esso si pone nel segmento della causalità giuridica, poiché quella materiale è retta dagli artt. 40 e 41 c.p. Ciò rappresenta un temperamento al criterio condizionalistico puro, posto che ad essere risarciti non sono tutti i danni, bensì solo quelli che hanno la caratteristica di essere "immediati" e "diretti". Tuttavia, in epoca recente, si è assistito ad un allargamento del concetto di causalità giuridica, in quanto rientrerebbe in essa anche la conseguenza che seppur non immediata e diretta, è comunque "normale, probabile, ordinaria" secondo la regolarità causale. Ciò implica una notevole dilatazione dei danni risarcibili, sino a ricomprendere anche i c.d. "danni da rimbalzo".

Quando si parla poi dell'art. 1223 c.c. non si può fare a meno di accennare alla *chance*, elaborata proprio per superare le difficoltà probatorie nel dimostrare il lucro cessante, quando il conseguimento dell'utilità nuova è complesso, aleatorio e difficoltoso. Vi sarebbe lucro cessante, secondo la teorica della *chance*, tutte le volte che più probabilmente che non senza l'illecito avrei conseguito un vantaggio.²²⁹

²²⁹ v. ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, in *Foro it.*, 1986, I, 384 ss.; C. SEVERI, *Perdita di chances e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 399 e ss. Secondo i quali la chance costituirebbe non un lucro cessante, bensì un danno emergente da perdita di una possibilità attuale, pur non sottacendo che essa è comunque una posta risarcibile, in quanto posta patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile.

Per evitare che l'illecito rimanga di fatto impunito per queste difficoltà probatorie, la giurisprudenza ha creato la *chance*, finendo con il trasformare il lucro cessante in danno emergente, ossia trasformando la perdita di un'occasione (futura), nell'occasione persa (passata), ritenendo così la "possibilità di raggiungere un risultato" come un bene giuridico in sé. In altre parole, per il suo tramite, si risarcisce non la perdita di un risultato, ma la perdita della possibilità di un risultato favorevole, di modo tale che non serve dimostrare che il risultato sarebbe conseguito più probabilmente che non, ma è sufficiente dimostrare che il risultato non era impossibile da raggiungere.

Su tale scia, l'ordinanza della Cassazione n. 15534/2017,²³⁰ affronta una questione spinosa: se, *ex art.* 1223 c.c. dal danno emergente e dal lucro cessante vadano detratti i vantaggi collaterali conseguiti dalla vittima dell'illecito (es. le prestazioni previdenziali ottenute, quelle assicurative, ovvero la pensione di reversibilità). Ci si chiede in proposito se esista una regola generale in base alla quale chi ha ottenuto un vantaggio dall'illecito, debba avere una decurtazione del danno risarcito. La risposta corretta dovrebbe essere affermativa, posto che in un sistema differenziale di tipo riparatorio la vittima non può trovarsi in una posizione migliore rispetto a quella nella quale si sarebbe trovata se non fosse stata vittima dell'illecito. Diversamente opinando verrebbe frustrata la logica differenziale che impone unicamente di ripristinare lo *status quo*.²³¹

La giurisprudenza invece, con un'*interpretatio abrogans*, riferisce la norma a quei casi in cui una stessa condotta illecita abbia cagionato sia il vantaggio che il danno. Se infatti l'illecito è solo un'occasione per l'innesto di un'altra condotta solo casualmente azionata da questo, con separato processo causale, la *compensatio lucri cum damno* non sarebbe mai possibile.

Per tal via si perverrebbe ad abrogare l'operatività dell'art. 1223 c.c., posto che difficilmente una stessa condotta è causativa sia di un vantaggio che di un danno. Il problema è "aperto", e la soluzione dipende dal concetto di causalità che si adotta: se rimango fermo nella teoria rigorosa secondo la quale la *compensatio* si applica solo quando è unico il nesso causale che cagiona direttamente sia il vantaggio che il danno, allora tale istituto verrebbe pressoché abrogato, per il motivo appena esposto. Se invece la Cassazione ammetterà la non unicità del fattore causale ai fini dell'applicazione della

²³⁰ Cass., sez. III, 22 giugno 2017, n. 15534.

²³¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 282; per una critica approfondita della teoria differenziale, Id., *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 468 e ss.

compensatio, si amplierà la portata operativa di tale principio. È evidente che tali considerazioni vanno affrontate nell'ottica del risarcimento della vittima, taluni hanno osservato che questa vedrà decurtato una parte del risarcimento del danno subito di un ammontare pari ai vantaggi parallelamente ottenuti, seppure per effetto di un processo causale differente. In realtà, come a breve si chiarirà, tale ragionamento non è corretto.

Se per un verso in via di principio ciò può dirsi “solidalmente equo” a patto che tali vantaggi vengano decurtati solo ove concretamente ed effettivamente ottenuti, perché, se si addossasse alla vittima dell'illecito il rischio di averli ottenuti solo “giuridicamente” e non materialmente nella propria sfera, le si addosserebbe l'alea di ottenerli oppure no, di fatto vedendosi però certamente ridotto l'ammontare corrispondente sin dal momento della liquidazione giudiziale dello stesso, con buona pace, ancora una volta, dell'integrale risarcimento del danno, dall'altro in realtà si tratta non già di una decurtazione del risarcimento in sede di quantificazione, ma di un danno che nasce *ab origine* ridotto. Ecco perché il ragionamento poc'anzi esposto dalla dottrina non potrebbe condividersi.

Andando con ordine, la regola della *compensatio* non è da tutti condivisa: una parte ne nega l'esistenza perché costituirebbe un chiaro vantaggio per il danneggiante che verrebbe sollevato dall'obbligazione risarcitoria in virtù della compensazione del lucro con il danno, generando un'iniquità.²³² Altra parte della dottrina ne ammette l'esistenza ma la qualifica come un istituto eccezionale, previsto solo da alcune specifiche norme. Altra parte, ancora, lo ritiene un istituto generale, che affonda le sue radici nelle fonti romane, e nel nostro ordinamento si fonderebbe sullo stesso art. 1223 c.c.²³³

Come detto, il problema si è recentemente posto con riferimento alla possibilità di compensare la prestazione previdenziale o assicurativa con il risarcimento derivante dall'illecito. Ciò posto, affinché essa possa operare si è detto che devono sussistere: l'omogeneità delle poste, ossia esse devono avere la stessa funzione, la condotta deve

²³² Per un approfondimento sul punto si veda: U. IZZO, *La compensatio lucri cum damno come “latinismo di ritorno”*, cit., 1738 e ss., Sul fondamento della *compensatio lucri cum damno* nell'art.1223 c.c. vedi A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1946, 146; ma anche PERETTI, GRIVA, *Sulla “Compensatio lucri cum damno”*, in *Riv. proc. civ.*, 1957, 437.

²³³ C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.*, XL, 1989: secondo il quale a proposito di causalità dice: “Il danno da risarcire è tutto quello (ma solo quello) che possa considerarsi ‘causato’ dal responsabile. Il criterio è così espresso dall'art. 1223 c.c.: sono risarcibili la perdita o il mancato guadagno che siano “conseguenza immediata e diretta” del fatto lesivo. Le regole della cosiddetta causalità giuridica integrano il principio della riparazione integrale del danno, delimitando – all'interno della sequenza potenzialmente infinita delle conseguenze pregiudizievoli del fatto lesivo – quelle da ricondurre giuridicamente al responsabile, e dunque da risarcire integralmente”.

avere cagionato con un unico processo causale sia il vantaggio che il danno, senza l'intermediazione di fattori umani o giuridici, e deve altresì esistere un nesso di causalità diretto ed immediato del vantaggio e del danno rispetto alla condotta.

Sotto il primo profilo si evidenzia una prima criticità: la prestazione previdenziale ha natura indennitaria, mentre il risarcimento del danno ha natura risarcitoria. Sotto il secondo aspetto si evidenzia che il vantaggio derivante dalla prestazione previdenziale deriva immediatamente dalla legge, e dunque vi è l'intermediazione di un fattore giuridico, dato appunto dalla previsione legale. Da ultimo, per quel che concerne il nesso di causalità diretto ed immediato, esso non può dirsi nemmeno esistente in virtù dell'apertura condizionalistica fatta per via giurisprudenziale per quel che concerne l'art. 1223 c.c. il nesso cioè non solo non è né indiretto né mediato, ma mancherebbe del tutto: il fatto illecito è infatti la semplice mera occasione per far sorgere il diritto *ex lege* previsto alla prestazione indennitaria. In altre parole, il fatto illecito rileverebbe unicamente come mero fatto storico per far sorgere il diritto ad ottenere la prestazione previdenziale. Se così è, la *compensatio* non potrebbe operare e dunque non si dovrebbe tenere conto dell'erogazione previdenziale con riguardo alla quantificazione del danno, di conseguenza il danneggiante dovrebbe riparare *in toto*, come se il danneggiato non avesse ricevuto la prestazione previdenziale. Se così è, non potendo operare la *compensatio*, l'assicurazione non potrebbe esercitare la surroga al fine di ottenere dal danneggiante quanto corrisposto a titolo indennitario, perché altrimenti questo si troverebbe a “pagare due volte”: una al danneggiato, ed un'altra all'assicurazione, con conseguente *interpretatio abrogans* di tutte le norme previste in materia di surroga.²³⁴

È pertanto necessario riconsiderare il problema in termini diversi. La regola della *compensatio* trae origine dalla considerazione che la responsabilità civile, avendo funzione riparatorio – compensativa, deve attuare il c.d. “principio di indifferenza”, ossia deve riportare il danneggiato nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se non ci fosse stata la condotta illecita, e ciò non necessariamente coincide con lo *status quo ante*.

²³⁴ Per un'analisi comparata sul punto si veda J. G. FLEMING, *The collateral Source and Loss Allocation in Tort Law*, in *California Law Review*, 1966, Volume 54, Issue 4, 715 e ss.: secondo il quale “High ranking among the oddities of American accident law is the so-called “collateral source” rule which ordains that, in computing damages against a tortfeasor, no reduction be allowed on account of benefits received by the plaintiff from other sources, even though they have partially or wholly mitigated his loss. Standing alone this looks perhaps unexceptionable enough. Its sting lies in the corollary that the plaintiff may ordinarily keep both the damages as well as the collateral benefit and thus turn his plight into a bonanza”.

Se ad esempio l'illecito consiste nella distruzione di un bene fruttifero bisogna considerare i frutti che non sono stati percepiti ma che lo sarebbero stati al netto dell'illecito. Da un lato la *compensatio* non può essere fonte di lucro per il danneggiato, dall'altro, postula la riparazione del danno effettivamente subito. Se pertanto nego che essa possa operare si avrebbe una doppia iniquità: il danneggiato si arricchisce per effetto dell'illecito ottenendo sia la prestazione previdenziale sia il risarcimento che in parte gli corrisponde per la seconda volta l'entità della prestazione previdenziale, ed il danneggiante sarebbe costretto a pagare due volte parte dello stesso danno, con conseguente doppio *vulnus* al principio di integrale riparazione del danno ed al principio di "indifferenza" poc'anzi esposto.

Inoltre, è necessario considerare che non si sta effettuando una compensazione in senso tecnico, non si sta cioè elidendo una parte di danno per effetto della *compensatio*, ma è un diritto al risarcimento che nasce *ab origine* ridotto per effetto dell'ammontare corrispondente a quanto ricevuto in via indennitaria. In altre parole, non si sta detraendo l'arricchimento dal danno, ma è il danno che nasce *ab origine* ridotto. È quindi un metodo di calcolo del danno, non già una compensazione in senso tecnico.²³⁵

Inoltre, le indennità che derivano dal contratto di assicurazione sono comunque causalmente ricollegabili al fatto illecito sulla base della teoria della "regolarità causale", in quanto se il fatto illecito non ci fosse stato, sia esso solo una mera "occasione", inteso quale fatto storico, l'indennizzo non si sarebbe comunque concretizzato. Di qui la necessità di continuare a sostenere che la *compensatio* sia pienamente operativa all'interno del nostro sistema risarcitorio.²³⁶

A breve se ne approfondiranno taluni aspetti relativi proprio al sistema di quantificazione, evidenziando le problematiche connesse.

²³⁵ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale, III, Diritto delle obbligazioni – Parte generale*, Milano, 1959, 344: "In sede di liquidazione dovrà dedursi, dall'ammontare del danno, l'eventuale vantaggio ricavato dal danneggiato, per effetto dell'inadempimento, se danno e vantaggio derivino da causa unica: cioè siano due aspetti dello stesso fatto (inadempimento) così che si stabilisca un rapporto di causa ad effetto, cioè tanto danno quanto col vantaggio: rapporto che riduce o elimina il danno. Pertanto, non è ammissibile la detta compensazione, ove danno e vantaggio derivino da fatti diversi, quantomeno da fatti diversi non collegati tra loro; in specie, quando il vantaggio sia dovuto a causa estranea all'inadempimento, in tal caso, manca il rapporto di causalità tra danno e vantaggio".

²³⁶ C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (artt. 1218 – 1229)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 2° ed., Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 310: "La compensazione del lucro col danno trova fondamento nell'idea del danno risarcibile quale risultato di una valutazione globale degli effetti prodotti: per essere compensabili col danno i vantaggi devono allora essere casualmente e derivati dall'illecito e devono inserirsi al bene o l'interesse leso".

L'art. 1225 c.c. prevede invece che non sono risarcibili, salvo il dolo, i danni imprevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione, la *ratio* è di tipo equitativo: si cerca infatti di porre un argine per evitare di risarcire i così detti danni “*too far*”. Ma ci si chiede se tale previsione sia una norma di favore per il danneggiante oppure no, ossia se il regime applicabile in assenza di essa sarebbe migliore o peggiore. Si osserva in particolare che essa non è una norma che mitiga il danno che vi sarebbe in assenza di essa, ma è una norma che sanziona l'autore del comportamento illecito, costituendo di fatto una sorta di “pena privata”, posto che introdurrebbe un risarcimento più grave di quello che esisterebbe se non ci fosse. Essa ha infatti un valore precettivo non quando dice che in caso di colpa si risarcisce solo il danno prevedibile, bensì quando prevede che in caso di dolo si risarciscono anche i danni non prevedibili, ecco dunque che quando c'è dolo la causalità non serve, si risarciranno anche i danni a-causali, escludendo il temperamento posto dall'art. 1223 c.c.

Per effetto di tali considerazioni, la norma è stata a più battute criticata posto che si risolve in una funzione sanzionatoria introducendo di fatto due tipi di causalità: se il fatto illecito è colposo, la causalità è quella normale, se doloso vi è una causalità “anormale” che permette di risarcire anche danni appunto “a-causali”. Ma la causalità, a ben vedere, non può variare a seconda dell'elemento soggettivo. È inoltre errata in quanto parte dall'assunto che danno “prevedibile” significhi danno “causale” *ex art.* 1223 c.c., inoltre mentre la causalità di cui all'art. 1223 c.c. va valutata al momento dell'inadempimento, l'imprevedibilità *ex art.* 1225 c.c. va valutata al momento in cui è sorta l'obbligazione.

Secondo una diversa impostazione, l'art. 1225 c.c. sarebbe invece una norma a favore del danneggiante, che introduce in chiave equitativa un limite al risarcimento dei danni programmabili, e allora in questo senso la sua parte precettiva risiede nella previsione che in caso di colpa si risarciscono solo i danni prevedibili. In altre parole, mentre nei casi di dolo ciò che conta è solo che il danno sia conseguenza immediata e diretta, invece per l'autore della condotta colposa è innovativa: il danno oltre che causale deve essere prevedibile. Del resto, tale visione è coerente con l'esigenza di accordare alla norma la funzione di evitare che chi stipula un contratto sia esposto a rischi non prevedibili rispetto al momento in cui assume volontariamente l'obbligazione.

Del pari, in campo extracontrattuale, il soggetto che è in colpa è chiamato a risarcire meno (in quanto meno rimproverabile) rispetto al soggetto che si è posto

volontariamente in contrasto con una norma giuridica. Se però ciò è sicuramente vero in un'ottica di giustizia sostanziale, non così se si legge sterilmente il precetto alla base della responsabilità aquiliana, che postula un'assoluta equiparazione tra dolo e colpa, nel ritenere nel suo *incipit* che l'obbligo risarcitorio deriva da “qualunque fatto, doloso o colposo”, salvo ritenere che la differente risposta conseguente al diverso stato psicologico sia data da una norma al di fuori dell'articolo in parola, che sarebbe appunto il 1225 c.c. in chiave dunque integrativa rispetto ad essa.

Tale conclusione non può essere però accettata, posto che il 2056 c.c., nel richiamare le norme applicabili in sede extracontrattuale, non prevede il 1225 c.c.²³⁷ Questo perché altrimenti il danneggiato si troverebbe a dover sopportare una parte di danno solo perché il suo agente ha avuto un'intensità psicologica più blanda rispetto a quella dolosa, facendo dipendere il suo integrale ristoro da circostanze del tutto casuali quali la prevedibilità o meno dell'evento dannoso da parte di chi lo ha cagionato.

E allora viene da chiedersi che cosa si intenda per “danno prevedibile”, con esso non si intende la specifica individuazione del danno nel suo esatto ammontare, bensì un danno prevedibile entro una “banda di oscillazione”, sulla base della categoria dell'agente modello. Inoltre, la prevedibilità va valutata al momento in cui è sorta l'obbligazione non al momento in cui vi è l'inadempimento.²³⁸

Per quel che infine concerne l'art. 1227 c.c., in esso si racchiude la maggiore influenza della clausola solidaristica di cui all'art. 2 Cost. In particolare, nel disciplinare il concorso colposo del fatto del creditore statuisce che se questo ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il co. II statuisce invece la negazione del risarcimento per i danni che il creditore “avrebbe potuto evitare usando la normale

²³⁷ TRABUCCHI, CIAN, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1984, 810 e ss. Per quel che concerne specificatamente il risarcimento del danno previsto anche se non ordinariamente prevedibile, si veda in particolare sub art. 1225, 822 e ss.

²³⁸ Il risarcimento del solo danno prevedibile si rende necessario perché, altrimenti opinando, si porrebbe a carico del soggetto un'obbligazione risarcitoria del tutto disancorata dall'elemento soggettivo, tramutandosi in ultima analisi in una sorta di punizione per il soggetto agente. Sia nell'ambito della responsabilità civile contrattuale che nell'ambito di quella extracontrattuale, l'ordinamento predica la ricerca dell'elemento soggettivo prevedendo da un lato “l'inadempimento imputabile” dall'altro la ricerca dell'elemento soggettivo nonostante il mancato rinvio all'art. 1225 c.c. dell'art. 2058 c.c. Non v'è infatti dubbio che elemento costitutivo del fatto illecito sia il dolo e la colpa, e nel concetto di colpa, come nell'atteggiamento doloso non può che rientrarvi la prevedibilità dell'evento. Sul punto si veda P. PARDOLESI, *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, 2011, 59 e ss. Si veda anche P. CENDON, *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, vol. 1, Torino, 2008, 179 e ss.

diligenza”. Il co. I disciplina dunque la causalità materiale,²³⁹ mentre il co. II quella giuridica, e riguarda il danno conseguenza. Per il suo tramite ci si chiede dunque se il comportamento colposo del creditore abbia concorso a cagionare il danno conseguenza che sarebbe stato evitato se solo avesse usato la normale diligenza.

Così posta, la norma sembra rievocare l’art. 1225 c.c., tanto che spinge ad interrogarsi se essa possa essere considerata una norma sulla causalità ovvero sulla condotta, ossia, ci si chiede se, nel parlare di danni evitabili non risarcibili intenda o meno, con tale espressione, “danni non causali”.²⁴⁰ Ovvero, diversamente, potrebbe voler semplicemente prescrivere una regola di condotta, imponendo al creditore di comportarsi diligentemente tenendo, ove effettivamente ciò sia possibile, una condotta riparatoria.

Per un orientamento, l’art. 1227 c.c. ribadirebbe la causalità di cui all’art. 1223 c.c., rendendo per tal via la norma sostanzialmente inutile.²⁴¹ Essa predicherebbe l’assunto secondo cui quando vi è un comportamento colposo del creditore questo interrompe il nesso di causalità recidendo il nesso tra inadempimento e conseguenze

²³⁹ Per un approfondimento in merito all’accertamento della causalità materiale, che come detto segue le regole penalistiche di accertamento, accontentandosi però del “più probabile che non” si veda la sentenza Franzese, (Cass., sez. un. pen., 10 luglio 2002, n. 30328), in un punto fondamentale così sancisce, al § 7 della motivazione: “non è sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo le leggi scientifiche universali e quelle statistiche che esprimano un coefficiente probabilistico ‘prossimo ad 1’, cioè alla ‘certezza’, quanto all’efficacia impeditiva della prestazione doverosa e omessa rispetto al singolo evento [...]. È indubbio che coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di evento, rivelati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch’essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento”.

²⁴⁰ FIANDACA, MUSCO, voce *Causalità*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. II, 1988, 126 e ss. F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 814 e ss. Si veda anche K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza* (1934), trad. it., Torino, 1995, 311 e ss. Per un approfondimento si veda anche Cass., sez. I, sent. n. 20371, 11 maggio 2006, Ganci e altro, CED 234111, laddove si afferma che, “con la previsione della regola di giudizio dell’oltre ogni ragionevole dubbio, di cui all’art. 5 della legge n. 46 del 2006, che ha modificato il comma primo dell’art. 533 cod. proc. pen., il legislatore non ha introdotto un diverso e più rigoroso criterio di valutazione della prova rispetto a quello precedentemente adottato dal codice, ma ha semplicemente formalizzato un principio già acquisito dalla giurisprudenza, secondo cui la condanna è possibile soltanto quando vi sia la certezza processuale della responsabilità dell’imputato.

²⁴¹ Per un approfondimento sistematico sul punto si veda P. TRIMARCHI, *Causalità giuridica e danno, in Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISINTINI, Milano, 1984, 2 e ss.

dannose. Se viene a mancare il danno causale, viene parimenti a mancare il danno giuridico.

Altra tesi sostiene, più correttamente, che la norma esprima una regola di condotta, esprimendo per tal via il principio di buona fede e solidarietà, ponendo un principio alla base del sistema risarcitorio che impone al danneggiato, ovvero al creditore, per quanto vittima di un illecito, di essere “solidale” e dunque di cooperare affinché il danno non ecceda quello che potrebbe essere, mediante l’operare del c.d. “*duty to mitigate*”.²⁴² Vi è in altre parole sotteso un dovere di mitigare il danno. Tale visione è preferibile considerando che serve dare una visione “utile” alla norma, anziché farle semplicemente ribadire quanto già espresso dall’art. 1223 c.c. La norma vorrebbe essere innovativa proprio nel dare al principio di solidarietà una connotazione precettiva che impone al danneggiato di cooperare e dunque tenere un comportamento conforme a regole non solo etiche ma anche giuridiche nel momento in cui egli stesso subisce un danno. Vi sarebbe pertanto non solo un generico dovere di astensione negativa, posto alla base del precetto del *neminem laedere*, bensì anche un dovere positivo di attivarsi solidalmente al fine di evitare diligentemente quelle conseguenze evitabili.

La norma ha infatti conosciuto un’evoluzione significativa in quanto dal principio di diligenza: in origine essa importava solo un obbligo negativo di astensione da condotte di accentuazione del danno, successivamente si è passati al principio di buona fede, che impone invece un dovere solidaristico di tenere una condotta attiva al fine di ridurre o evitare il danno. Si esclude pertanto il risarcimento non già perché il danno non è causale, bensì perché non meritevole di risarcimento, essendo state violate le regole di solidarietà e correttezza.

A ben vedere allora, oltre a tutti i “filtri” al risarcimento del danno sin d’ora esposti, vale a dire gli artt. 1223 e 1225 c.c. (solo per l’illecito contrattuale),²⁴³ ossia, oltre alla necessità di un danno conseguenza, che deve essere causale ed oltre al vaglio di un’ingiustizia che deve darsi non per come essa già si presenta in sé, ma vagliata secondo il canone di un’ingiustizia che deve essere anche “solidale”, tale principio

²⁴² Per un’analisi comparata sul punto, in particolare sulla tutela della *pure economic loss* nei diversi sistemi europei v. M. BUSSANI, V.V. PALMER, *Between Contract and Tort: Pure Economic Loss in Europe*, in *Comparative Remedies for Breach of Contract*, a cura di N. COHEN E E. MCKENDRICK, Oxford-Portland, 2005, 189 e ss. S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 374 e ss.

²⁴³ P. CENDON, *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in G. VISINTINI, *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, 30 e ss. si veda anche P. TRIMARCHI, *Causalità giuridica e danno*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISINTINI, Milano, 1984, 2 e ss.

sotteso all'art. 2 Cost. si pone come ulteriore, ennesimo vaglio, prima di accordare una tutela risarcitoria sul piano dell'*an*, ed in seconda battuta ai fini della quantificazione del danno, decurtando infatti quella parte che solidaristicamente avrebbe potuto essere evitata dal danneggiato, ancorché attivandosi. Esso implica di considerare a tal fine non solo il comportamento del danneggiante, bensì anche quello del danneggiato al momento del verificarsi del danno, quasi a dire che la causalità non basta, ma serve un *quid pluris*: ossia osservare il dovere di collaborazione, fino al punto di ritenere che, ove ciò non sia rispettato, il risarcimento non è “meritevole” e dunque viene a ragione negato.

Viene allora certo da chiedersi se tale comportamento collaborativo si risolva in una mera astensione dall'aggravare le conseguenze del danno inferto, certamente ragionevole in un'ottica sociale, ovvero comporti anche un dovere di attivarsi in positivo al fine di evitare che esso si aggravi, meno giustificabile se ciò importa in prima battuta dei costi per il soggetto danneggiato che potrebbe non essere sicuro di recuperare in seguito. In altre parole, si dovrebbe vagliare fino a che punto il “sacrificio non apprezzabile” richiesto ad un soggetto che ha la sola “colpa” di essere stato danneggiato, e dunque tale vaglio circa la “meritevolezza” del risarcimento, possa spingersi.

Per esempio, ci si è al riguardo chiesti se l'agire in giudizio per evitare il danno possa essere considerata una condotta dovuta entro i limiti di questo sacrificio, posto che essa comporta certamente un esborso di danaro. Le risposte da parte della giurisprudenza non sono state univoche, ed il discorso va differenziato tra l'ambito civile e quello amministrativo, posto che nel primo si è ritenuto che intentare un giudizio potrebbe non essere ritenuto dovuto nell'ottica dell'art. 1227 c.c. comportando “spese eccessive” rispetto al sacrificio “non apprezzabile”, con un'alea sui costi, i tempi, nonché sul risultato. Ciò è stato recentemente ribadito da due pronunce della Cassazione, la n. 4865/2016 e 11230/2016, le quali hanno chiarito che l'intentare un giudizio è un'attività di per sé significativamente sacrificativa.

Discorso diverso va fatto per l'ambito amministrativo, dove gli artt. 30 e 124 c.p.c., ma ancora prima la giurisprudenza (Ad. Pl. 3/2011) chiariscono che il mancato esperimento dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo se da un punto di vista processuale non impedisce di proporre autonoma domanda risarcitoria, essendo venuta meno la c.d. pregiudiziale amministrativa, da un punto di vista sostanziale può comportare la defalcazione del risarcimento del danno, posto che il

soggetto avrebbe potuto evitarlo proponendo l'azione di annullamento anziché autonoma e successiva azione risarcitoria.²⁴⁴

Ciò in quanto l'azione di annullamento del provvedimento amministrativo lesivo è ritenuta tanto dal legislatore, quanto dall'Unione Europea, l'azione principale per evitare il danno posto che è di gran lunga più semplice rispetto a quella risarcitoria, non imponendo particolari problemi in merito all'onere della prova su causalità, danno, ed elemento soggettivo. Un caso curioso di limitazione se non addirittura di elisione del danno risarcibile per effetto dell'operare dell'art. 1227 c.c. è stata una sentenza del Tribunale di Salerno del 6 febbraio 2016.

La vicenda muove dalla richiesta di risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale da parte del proprietario di un veicolo – diverso dal conducente che ha integrato l'illecito amministrativo – derivante da un provvedimento amministrativo illegittimo, non impugnato. Invero l'impugnazione era stata proposta dal solo conducente del veicolo, di talché risulta che colui che chiede il risarcimento del danno assumendosi leso dall'illegittimità del provvedimento, non lo abbia impugnato ma ne stia chiedendo direttamente una tutela risarcitoria. Del resto, ciò è ben possibile secondo il codice di rito amministrativo, ma a ben vedere l'art. 1227 c.c. esplica nella vicenda tutta la sua influenza tanto che il giudice rigetta le pretese del ricorrente. Volendo astrarre dalle specificità del caso di specie, si vuole qui evidenziare come l'articolo in parola comporti una limitazione, se non un'elisione del risarcimento per il soggetto che ha omesso la tutela impugnatoria, pur avendone tutto il diritto di farlo.²⁴⁵

La responsabilità della Pubblica amministrazione per provvedimento amministrativo illegittimo è una responsabilità di natura extracontrattuale, ma il danno ingiusto non può essere considerato *in re ipsa* nell'illegittimità del provvedimento, bensì abbisogna di un vaglio positivo circa la sussistenza della colpa della p.a. in termini

²⁴⁴ Principio che entra nel panorama del diritto amministrativo con la nota sentenza S.U. 22 luglio 1999, n. 500 in Foro amm., 1999, 1990 con note di B. DELFINO, v. CAIANIELLO; in *Giust. civ.*, 1999, I, 2261 con nota di M.R. MORELLI; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, 421 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Milano, 1998, 25 e ss.; A. SANDULLI, *Proporzionalità in S. Cassese (diretto da)*, *Dizionario di diritto pubblico*, V. vol., Milano, 2006, 4643 e ss.

²⁴⁵ G. CAPUTI, *La frammentazione della tutela giurisdizionale nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2016, 4, 139 e ss. Si veda anche, sempre sul punto, A. CARBONE, *Commento all'art. 124 c.p.a.*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della Giustizia Amministrativa*, Milano, 2015, 1198 e ss.; A. E. LENOCI, *La "pregiudiziale amministrativa" e l'onere di diligenza del cittadino leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi a margine della sentenza della quarta sezione del consiglio di stato, 7 aprile 2014, n. 1605*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 2, 532 e ss.

soggettivi, nonché la comprovata sussistenza del bene della vita inciso dalla condotta dell'amministrazione. La necessità del giudizio di spettanza del bene della vita è del resto confermata dall'art. 21 *octies* della L. 241/1990, la quale permette appunto al giudice di non annullare il provvedimento amministrativo, seppur illegittimo, ove tale illegittimità sia solo "formale" in quanto il bene non potrebbe comunque *spettare* al privato che lo anela.

Orbene, se è vero che l'azione risarcitoria può essere autonomamente proposta, senza esperire la previa azione di annullamento, per espressa previsione dell'art. 30 c.p.a., ciò nonostante il giudice di merito ha escluso la tutela risarcitoria sulla considerazione del fatto che il provvedimento amministrativo non impugnato si è consolidato, cagionando di fatto un danno evitabile *ex art. 1227 c.c.* E tale danno viene negato *in toto* quasi a dire che la mancata impugnazione del provvedimento amministrativo, che in ambito amministrativo sarebbe esigibile, per le ragioni sopra dette, sia tale da interrompere persino il nesso causale tra l'emanazione di un provvedimento amministrativo illegittimo ed il danno, elidendo la possibilità di ottenere il risarcimento del danno, sulla base di un principio di autoresponsabilità. A tal riguardo però è opportuna una considerazione, ossia taluno potrebbe obiettare che l'impugnazione del provvedimento amministrativo non avrebbe evitato un danno *evitabile*, posto che vi è un generale principio di inesauribilità del potere amministrativo, tale per cui la p.a. potrebbe riemanare nelle more uno stesso provvedimento amministrativo illegittimo. Ciò è imposto dal fatto che tutti i termini amministrativi, in via generale, salvo diversa previsione, sono "ordinatori" e dunque non consumano il potere amministrativo come fanno invece i termini "perentori", posto che l'interesse pubblico che la p.a. deve perseguire sopravvive alla scadenza del termine.

Se ciò è astrattamente possibile, è anche vero che potrebbe nelle more eliminare il provvedimento amministrativo illegittimo nell'esercizio della propria autotutela, così come è altrettanto vero che vi è l'esigenza di garantire, parimenti, la certezza del diritto, esigenza imposta anche dallo stesso ordinamento sovranazionale: decorso un certo termine, il potere amministrativo dovrebbe consumarsi.

Di talché, quand'anche a seguito dell'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo la p.a. conservi la possibilità di riesercitare il potere, deve rispettare il principio dell'effetto conformativo del giudicato, pertanto non potrebbe riemanare un provvedimento amministrativo affetto dalla medesima

illegittimità, ma questo deve essere conforme *in primis* alla legge e secondariamente anche al giudicato. Se dunque l'impugnazione di un provvedimento amministrativo, pur non essendo pregiudiziale in senso tecnico alla domanda risarcitoria, certamente potrebbe evitare un danno "evitabile" ai sensi dell'art. 1227 c.c., tale da porsi dunque allora quale pregiudiziale in senso sostanziale. Ossia la domanda risarcitoria avanzata in assenza di una preventiva domanda caducatoria sarà ammissibile, ma il giudice potrà tenere conto ai fini della determinazione del quantum risarcitorio dell'omissione di una condotta impugnatoria che avrebbe potuto evitare un danno evitabile con l'ordinaria diligenza.²⁴⁶

Lo stesso art. 30 co III c.p.a. che prevede la possibilità appunto di avanzare una domanda risarcitoria senza la previa domanda caducatoria, va letto in combinato disposto con l'art. 7 c.p.a. nella parte in cui parla di "consequenzialità". Essa non va in tesa in termini processuali quale pregiudiziale amministrativa di impugnazione, bensì in termini sostanziali in termini causali. In altre parole, con ciò non si vuole imporre il previo annullamento del provvedimento lesivo, in modo tale che la tutela risarcitoria lo debba necessariamente e da un punto di vista processuale seguire, bensì si vogliono rendere risarcibili tutti i danni consequenziali da un punto di vista causale rispetto alla condotta dannosa della p.a., pur in assenza di un previo annullamento del provvedimento illegittimo.²⁴⁷

Se così è, la mancata proposizione dell'impugnazione, pur non rappresentando una pregiudiziale di rito, e pur non precludendo l'azione risarcitoria da un punto di vista processuale, la preclude in senso sostanziale, in quanto impugnando il provvedimento il

²⁴⁶ M. RAMAJOLI, *Spunti per un dibattito in tema di risarcimento del danno e interessi legittimi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, pubblicato il 27 ottobre 2016; A. GIANNELLI, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione* (nota a Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011 n. 3), in *Foro it.*, 2012, 1, 46 e ss.; Sul punto si veda anche Cons. Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 12, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 866 e ss., secondo il quale "al g.a. non è concesso disapplicare atti amministrativi non regolamentari. Ne consegue l'impossibilità giuridica di risarcire i danni derivanti da atti amministrativi che non siano stati tempestivamente impugnati e annullati dalla competente autorità giudiziaria amministrativa".

²⁴⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, 1, III, 31, "La disciplina recata dal nuovo codice del processo amministrativo (in specie, dagli art. 30, comma 3, e 124), pur negando la sussistenza di una pregiudizialità di rito, dimostra di apprezzare, sul versante sostanziale, la rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso. Peraltro, l'ipotetica incidenza eziologica non è propria soltanto della mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma riguarda anche l'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (cd. invito all'autotutela)".

ricorrente avrebbe potuto evitare i danni di fatto subiti. Ne deriva dunque che essi non possono dirsi consequenziali rispetto all'illegittimità del provvedimento, posto che la condotta omissiva del ricorrente, esigibile *ex art. 1227 c.c.*, avrebbe per così dire interrotto il nesso causale tra provvedimento illegittimo e (almeno una parte del) danno. Ciò in ragione del dovere solidaristico del danneggiato, discendente direttamente dall'art. 2 Cost., quale norma immediatamente precettiva, di evitare quei danni che sarebbero evitabili ponendo in essere una condotta che non importi un sacrificio eccessivo, e che pertanto sia esigibile secondo le regole di correttezza e buona fede.

Il risarcimento del danno patrimoniale segue la logica del risarcimento in forma specifica. Il danno ingiusto vede quale rimedio generale il risarcimento, ed esso può consistere nella dazione di una somma di denaro corrispondente all'entità del pregiudizio, che può essere patrimoniale e non (risarcimento per equivalente) ovvero nell'eliminazione materiale del danno al fine di ripristinare lo *status quo ante* (risarcimento in forma specifica).²⁴⁸ Una precisazione è d'obbligo: il risarcimento in forma specifica non elimina il danno ma le sue conseguenze. Riguardo ad esso, si discute se sia una tecnica di risarcimento ovvero una tecnica di tutela.

Secondo taluni esso rappresenta infatti un diverso modo di risarcire rispetto al risarcimento per equivalente, posto che anziché dare una somma di denaro, si tiene un comportamento volto ad eliminare le conseguenze materiali dell'illecito. Di conseguenza all'obbligazione di dare, si sostituisce quella di *facere*. Secondo altri, esso rappresenta una tecnica di liquidazione, nel senso che pur consistendo sempre in un dare, non già in un *facere*, parametrata il *quantum* risarcitorio non alla diminuzione di valore prodotta nel patrimonio del creditore, ma alle spese necessarie per il ripristino della sua integrità.

²⁴⁸ R. GIOVAGNOLI, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente dell'interesse all'aggiudicazione*, in *questa Rivista*, 2011, 4, 398 e ss., sul punto l'autore conclude: Ma se i due rimedi hanno la stessa natura, si potrebbe fare un passo ulteriore e ritenere, mutuando la giurisprudenza civile sull'azione per danno da lesione del possesso, anche le regole processuali debbano essere le stesse. L'azione per ottenere l'equivalente monetario dell'aggiudicazione illegittimamente sfumata dovrebbe, cioè, seguire lo stesso binario processuale dell'azione volta al conseguimento dell'aggiudicazione, trattandosi di due aspetti di una stessa forma di tutela. Questo potrebbe forse determinare una reintroduzione della pregiudizialità: così come il rimedio specifico, in materia di appalti, presuppone che l'aggiudicazione sia stata tempestivamente impugnata ed annullata, ugualmente si potrebbe sostenere che lo stesso onere di tempestiva impugnazione spetti all'impresa che intenda conseguire l'equivalente monetario dell'appalto sfumato. Esclusa la natura risarcitoria dell'azione non potrebbe trovare applicazione la regola generale che consente di chiedere il danno da provvedimento illegittimo nel termine di 120 giorni, anche senza previa impugnazione del provvedimento". Si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 31 maggio 2008, n. 2622, in *Foro amm.* CDS, 2008, 5, I.

Quando dunque, come si vedrà, si discorre in merito al risarcimento del danno non patrimoniale, colpendo il soggetto nella sua “persona”, esso non può che avere le caratteristiche di un risarcimento per equivalente, secondo quanto previsto all’art. 1226 c.c. A ben vedere però, se il risarcimento in forma specifica mira a ripristinare lo *status* del patrimonio esistente prima dell’illecito, secondo la logica della teoria differenziale, in modo tale da cancellare tutte le conseguenze negative del fatto illecito (ovvero dell’inadempimento contrattuale), rispondendo così ad una logica prettamente riparatoria. Il risarcimento del danno non patrimoniale, seppur astrattamente, dovrebbe riflettere la stessa funzione della responsabilità civile, ossia riparare un pregiudizio, per il fatto stesso che questo incide sulla persona, sulla sua sensibilità.²⁴⁹

Tuttavia, a ben vedere, il danno morale, in quanto immateriale ed intangibile, difficilmente potrebbe configurare un pregiudizio riparabile in forma specifica. Si dovrebbe infatti poter postulare la possibilità effettiva di eliminare le conseguenze inferte mediante un comportamento materiale di *facere*, ovvero lo si dovrebbe parametrare alle spese necessarie per il “ripristino”. Ma ci si chiede se un danno morale, una volta inferto, possa essere effettivamente cancellato in modo tale da ripristinare lo *status quo ante* secondo una logica riparatoria, ovvero non venga strumentalizzato per punire in qualche modo il colpevole. Se lo si ammettesse si potrebbe evocare in dubbio la permanenza della descritta funzione riparatoria, ossia di un risarcimento che vorrebbe avere l’intento di “compensare” la vittima dell’illecito, per il tramite però della sanzione inferta al danneggiante.

Invero, valutando oggettivamente il disposto dell’art. 2059 c.c. esso parla di risarcimento senza ulteriori specificazioni, pertanto non vi sarebbe ragione per escludere la possibilità di un risarcimento in forma specifica. E che, parallelamente, altrettanto genericamente, l’art. 2058 c.c. disciplina il risarcimento in forma specifica senza distinguere tra danno patrimoniale e non patrimoniale, di talché non sembrerebbe in astratto potersi escludere l’applicazione del rimedio in parola al danno non patrimoniale. Se certamente in astratto l’osservazione sembra non potersi evocare in dubbio, tuttavia vi è da chiedersi se davvero, in pratica, possa dirsi ammissibile, salvo ammetterlo riconoscendovi però una funzione sanzionatoria al rimedio *de quo*.

Ciò in considerazione del fatto che una volta che al soggetto deriva un pregiudizio morale o anche fisico, lo stesso non sarebbe eliminabile “monetariamente”, anche se il

²⁴⁹ L’individuazione della funzione giuridica di un istituto dipende dai criteri utilizzati dal legislatore per selezionare il “tipo di rimedio prescelto per risolverne i problemi” (M. BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 6).

denaro può avere certo in astratto una funzione compensativa, ma piuttosto sembra che esso possa procurare una certa “soddisfazione” nel danneggiato che anziché elidere davvero le conseguenze fisiche dannose inferte, va a “sostituirle” con l’intento di mitigarle solo economicamente, non certo fisicamente. Posto che il denaro, è fuori dubbio, non può guarire!

2.10. La comparazione: l’art. 1227 c.c. nell’ordinamento francese.

Non esiste nell’ordinamento francese una norma quale quella di cui all’art. 1227 c.c., ciò nonostante il principio di cooperazione solidale non si può dire assente. Ed anzi, esso è pacificamente riconosciuto in ambito contrattuale, più problematico è invece il suo riconoscimento nell’ambito extracontrattuale. Inizialmente il dovere di limitare le conseguenze negative del fatto illecito non era ammesso, ed infatti la Cassazione si era espressa negativamente sul punto.²⁵⁰

Tuttavia, tale pronuncia si poneva in netto contrasto con quanto affermato dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale (art. 77) nonché secondo quanto previsto dagli stessi principi Unidroit (art. 7.4.8) e dai Principi di Diritto Europeo dei Contratti (art. 9:505). Con ciò, l’ordinamento francese si poneva in netto contrasto con quello Europeo, di qui la revisione della questione. Per vero, tale principio esisteva già nell’ordinamento francese, ancorché lo stesso fosse confinato al solo diritto del commercio internazionale, stante l’obbligo di adattarsi alle previsioni sovranazionali poc’anzi menzionate.

Ciò posto, la dottrina ha iniziato a predicarne la sua applicabilità anche per i contratti interni, non solo internazionali,²⁵¹ ciò proprio in virtù di un principio solidaristico sotteso allo stesso dovere previsto dal common law di “*mitigation of damages*”.²⁵²

L’assunto di fondo osservato dalla dottrina francese è che la vittima di un pregiudizio può, senza avere realizzato il fatto pregiudizievole ovvero avere causato l’inadempimento, concorrere ad aggravare le conseguenze del danno. Se così è, ci si chiede su chi debba ricadere questo aggravamento di pregiudizio.

Ora, per quel che concerne la responsabilità extracontrattuale vige il principio di riparazione integrale, di talché, solo ove la condotta della vittima incida sul nesso

²⁵⁰ Cass. II civ., 19 giugno 2003, n. 00-22.302.

²⁵¹ P. JOURDAIN, obs. sous. Cass. II civ. 19 giugno 2003, n. 00-22.302.

²⁵² DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, Sources, des obligations, t. Iv, Rousseau, 1924, n. 463 bis.

causale tra la condotta del danneggiante ed il danno cagionato, si può discutere di una diminuzione del risarcimento in proporzione all'incidenza del comportamento colpevole della vittima, altrimenti alcuna limitazione del danno è ammessa. Si osserva però che, se permane comunque un obbligo di riparazione integrale, la vittima potrebbe avere un'ultra indennizzazione, ove il *surplus* è rappresentato da quel danno che avrebbe potuto evitare e che invece non ha evitato determinandone il suo aggravamento. Se è il danneggiante a sopportare questo *surplus* nonostante la sua condotta non lo abbia cagionato, o meglio, nonostante la condotta del danneggiato avrebbe potuto evitarlo, si determina una sovra-compensazione per tale differenza. Ecco che allora il considerare l'incidenza causale del comportamento della vittima dovrebbe comportare una diminuzione del risarcimento, nonostante ciò si ponga in contrasto con il principio di riparazione integrale del danno.

In campo contrattuale la questione è più semplice, posto che, come detto, i principi sovranazionali impongono di tenere conto di tale fenomeno, prevedendo che qualora il debitore non esegua la prestazione, debba corrispondere al creditore una somma di denaro corrispondente all'interesse all'esecuzione o all'interesse positivo, in modo tale da rimettere il creditore nella situazione in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stato l'inadempimento. Di conseguenza il debitore, scegliendo di non adempiere, si prende in carico il rischio dell'inesecuzione del contratto, nei limiti dei c.d. rischi prevedibili al momento della conclusione del contratto. Ecco che il dovere di mitigare il danno si traduce in un'obbligazione positiva volta a ricreare quella stessa situazione che sarebbe derivata ove l'obbligazione fosse stata spontaneamente adempiuta. A ciò si aggiunge però che la quantificazione del danno andrà parametrata al valore del mercato esistente il giorno in cui vi è stata l'inesecuzione, non già a quello in cui l'obbligazione è stata assunta, di qui un margine di imprevedibilità intrinseco, del resto giustificato dal dover sopportare il rischio della propria inesecuzione.

A quanto detto, è d'obbligo però una precisazione: il dovere di mitigare il danno è e rappresenta un effetto del contratto, non già un'obbligazione *ex lege* in senso proprio. Lo stesso art. 1103 Code Civil impone un dovere di buona fede il quale a sua volta impone un obbligo di "collaborare" all'esecuzione del contratto, e parimenti, è vietato l'abuso del proprio diritto all'esecuzione della prestazione. Di talché anche il creditore, esattamente come avviene nel sistema italiano, deve cooperare al fine di rendere più agevole, o rendere possibile l'adempimento del debitore di fronte ad una variazione delle condizioni contrattuali, preservando l'equilibrio del contratto. L'art. 1194 può

essere invocato poi come un completamento dell'obbligo di buona fede nonché dall'art 1231-4 in materia di causalità. Ecco che il “dovere di mitigare il danno” può essere in tal senso inteso come un dovere di proteggere l'interesse del debitore.²⁵³

Analizzata dunque la problematica dalla prospettiva contrattuale, i maggiori problemi al riconoscimento di un principio simile all'art. 1227 c.c. si riscontrano nell'ambito extracontrattuale. L'unica possibile incidenza di un comportamento della vittima che possa comportare una diminuzione del danno risarcibile si riscontra sul piano della causalità, ovvero solo ove il suo comportamento sia stato in grado di incidere sul nesso causale determinando esso stesso danni evitabili, allora questi stessi danni possono essere posti a carico della vittima non già del danneggiante. Non esiste però un'obbligazione *ex lege*, quale per il sistema italiano è rappresentata dall'art. 1227 c.c., che imponga alla vittima un dovere di attivarsi solidaristicamente per ridurre le conseguenze dannose.

Da ciò per lungo tempo ne è derivata l'esclusione di un *duty to mitigate*, anche per effetto di una pronuncia della Corte di Cassazione la quale esplicitamente ha statuito che la vittima non ha alcun dovere di mitigare il danno a vantaggio di colui che lo ha cagionato.²⁵⁴

Tuttavia, tale orientamento sembra essere in via di rivisitazione. Si consideri infatti che, a ben vedere, il dovere di mitigare il danno non è completamente estraneo al sistema francese, esso esisteva già nella L. 9.04.1898 in materia di diritto del lavoro. L'applicazione di tale legge, seppure creata e operante in via settoriale, ha indotto la dottrina a generalizzarla, traendone da essa un principio generale, o meglio, un dovere generale di mitigare il danno proprio per effetto dell'emergere di un diritto solidale,²⁵⁵ e ciò per il tramite di un'argomentazione basata sulla nozione di causalità.

Lo stesso art. 1231-4 che disciplina la causalità, quando parla di conseguenze dirette ed immediate, sembra escludere che lo siano tutte quelle conseguenze intermedie dalla condotta colposa ovvero negligente del danneggiato. Di qui l'esclusione di una parte di danno. Del resto, ha osservato la migliore dottrina francese, affermare che la vittima non ha l'obbligo di mitigare il danno, ha quale conseguenza il

²⁵³ S. PIMONT, *Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage*, collection Lamy, Droit Civil, octobre 2004, 15 e ss.

²⁵⁴ Cass. civ., sez. II, 19 giugno 2003, n. 00-22.302 e 01-13.289, D. 2003, 2326, note J.P. CHAZAL.

²⁵⁵ *Traité des obligations en général*, I, Sources des obligations, t. IV, Rousseau, 1924, n. 463 bis – e l'autore aggiunge, per completare il meccanismo che “*la victime pourra recouvrer les dépenses de cette gestion d'affaire contre l'auteur*”. E ancora P. EISMEIN, nel *Traité pratique* sostiene: “*la victime d'un dommage dont un autre est responsable est tenue d'empêcher, quand elle le peut, qu'il prenne un plus grand développement [...], “faute de quoi le supplément de dommage restera à sa charge”*”.

porre a carico del responsabile del danno anche quella parte di esso che è stata invece causata per l'inerzia della vittima. Vi è da chiedersi, quindi, quali conseguenze possa avere l'ammissione di un *duty to mitigate* in relazione al principio di integrale riparazione del danno, posto che esso postula la riparazione integrale ma non un'ultra riparazione, atta a ricomprendere anche quei danni causati non già dalla condotta del danneggiante in via diretta, bensì dal comportamento negligente della vittima stessa.

Per converso, se è certamente pacifico che nel sistema francese manca una norma quale quella di cui al 1227 c.c., è parimenti vero che un simile dovere potrebbe ricavarsi dall'art. 1240 Code Civil, il quale, in materia extracontrattuale, non apporta alcuna "restrizione" alla riparazione. Il fatto cioè che viga il principio di integrale riparazione del danno non è di ostacolo a decurtare dal risarcimento quella parte di esso che è causata dal danneggiato stesso, posto che ad essere risarcite, ex art. 1240 Code Civil, sono tutte le conseguenze negative del fatto illecito, ma intendendosi con tale quello cagionato dalla condotta causalmente rilevante del danneggiante.

La novità più importante in questo senso è data dalla codificazione di un vero e proprio *duty to mitigate* per il tramite del nuovo art. 1263 Code Civil, in combinato disposto con l'art. 1255. Si può pertanto dire che ad oggi, anche nel sistema francese, come in quello italiano, il principio del dovere di mitigare il danno è un principio dettato e predicato per via legislativa.

2.11. Il "filtro" della *compensatio lucri cum damni*.

Si è accennato poc'anzi all'ulteriore "filtro" per l'individuazione del danno risarcibile, esso è rappresentato da un principio giurisprudenziale, o per lo meno, un principio non espressamente codificato, posto che si possono rinvenire all'interno del Codice Civile numerose disposizioni che di fatto ne fanno applicazione, costituendone una seppur frastagliata base giuridica²⁵⁶. Ci si riferisce all'art. 1149 c.c., che prevede la compensazione tra il diritto alla restituzione dei frutti e l'obbligo di rifondere al possessore le spese per produrli, l'art. 1479 c.c. che prevede la compensazione tra il minore valore della cosa ed il rimborso del prezzo nell'ipotesi di vendita di cosa altrui, e

²⁵⁶ Per un'analisi critica della problematica si veda U. IZZO, "Sulla problematica coesistenza di «*compensatio lucri cum damno*» e surrogazione: il silenzio delle Sezioni Unite (nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 giugno 2016, n. 13372)", in *Il Foro It.*, 2016, parte I, c. 2717-2721.

l'art. 1592 c.c. che prevede la compensazione del credito del locatore per i danni alla cosa con il valore dei miglioramenti.²⁵⁷

Il principio in parola rappresenta una regola di quantificazione del danno che si lega inscindibilmente con una funzione compensativa riparatoria della responsabilità civile, e che impone di risarcire *tutto* il danno, secondo il principio di integrale riparazione, ma *solo* il danno, per evitare cioè che il danneggiato possa arricchirsi in funzione della corresponsione del risarcimento da parte del danneggiante. In altre parole, la *compensatio* garantisce, secondo la teoria differenziale sottesa al risarcimento del danno, che il suo ammontare sia tale per cui la causazione del fatto illecito diventi sostanzialmente “indifferente” per il soggetto danneggiato, posto che per effetto dell’obbligazione risarcitoria il patrimonio del danneggiato viene riportato alle stesse condizioni in cui si trovava prima del fatto illecito.²⁵⁸

Per garantire tale procedimento, è evidente che l’ammontare del risarcimento deve assestarsi esattamente all’ammontare del danno, con la conseguenza che eventuali vantaggi ulteriori che possono essere derivati dalla stessa condotta illecita possano essere decurtati (a-tecnicamente compensati) dall’obbligazione risarcitoria, che dunque, nella sua quantificazione ne dovrà tenere conto. Solo in questo modo si garantirebbe l’operatività di una reale funzione riparatoria della responsabilità civile, e parallelamente, un’integrale riparazione del danno. Il soggetto danneggiato infatti, in un sistema quale il nostro, non può arricchirsi per effetto del fatto illecito, perché altrimenti si verserebbe in un’ipotesi di arricchimento ingiustificato, vietato in via generale nel nostro ordinamento per effetto dello stesso art. 2041 c.c., il quale non ammette spostamenti patrimoniali non sorretti da una giusta causa.²⁵⁹

²⁵⁷ P.G. MONATERI, *Gli usi e la ratio della dottrina della compensatio lucri cum damno. E' possibile trovarne un senso?*, in *Quadrimestre*, 1990, 377 e ss., secondo il quale: “Siffatto principio intende evitare che il danneggiante, tenuto al risarcimento del danno, invochi, a suo sgravio, il conseguimento di un vantaggio da parte della vittima, vantaggio che però non trova la sua fonte nello stesso fatto illecito che ha provocato il pregiudizio, bensì derivante da una circostanza diversa e distinta per l’avverarsi della quale la condotta lesiva costituisce una mera condizione e non, invece, la sua causa vera e propria”. Sul fondamento della *compensatio lucri cum damno*, che secondo la dottrina maggioritaria riposerebbe nell’art.1223 c.c. vedi A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1946, 146 e ss.

²⁵⁸ Sul punto si veda U. IZZO, “*Surrogarsi nel nulla? Le Sezioni Unite (per ora) non toccano non toccano i fondamenti della compensatio lucri cum damno (nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite, 30 giugno 2016, n. 13372)*”, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, n. 4, 1221-1331. Cass. civ., sez. III 10 marzo 2014 n. 5504, in *Giustizia Civile Massimario* 2014; Cfr.: Cass. civ., 31 maggio 2003 n. 8828, in *Foro it.* 2003, I, 2272, in *Danno e resp.* 2003, 816.

²⁵⁹ “La Cass. Civ. n. 13233/2014 evoca sul punto a suo conforto anche la Cass. 14 giugno 1972, n. 1881, in *Mass. Foro it.*, 1972, 572 per sottolineare come ammettere il cumulo impedirebbe di dare effettività alla conclusione, che sarebbe stata avvalorata da quella sentenza, che “se il diritto al risarcimento si

Non vi sarebbe pertanto alcuna giusta causa nell'arricchire un soggetto danneggiato per effetto di un risarcimento che non tenga conto di eventuali vantaggi collaterali che il danneggiato stesso ha ottenuto, posto che, se così non fosse, il sistema perderebbe la sua precipua funzione riparatoria. Riparare significa infatti esclusivamente elidere le conseguenze del fatto illecito, individuando certo un danno "giuridico" che può essere differente dal c.d. "danno storico" in virtù dell'operare degli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c. poc'anzi esaminati, ma non può certo significare accordare un *surplus* ingiustificato al danneggiato.

Ai fini dell'operatività del principio in parola, si richiede che il vantaggio e parimenti il danno siano conseguenza diretta ed immediata dell'illecito, in modo tale che non possa porsi alcun fattore intermedio né di carattere umano né giuridico. È di conseguenza necessario: un fatto illecito, un danno, e quale conseguenza immediata e diretta di esso un vantaggio. Di qui il problema della possibile interferenza del risarcimento erogato dall'assicurazione a favore del danneggiato, e la necessità di considerarlo al fine di quantificare il danno, in modo tale che il danneggiante non sia costretto a pagare due volte, una volta al danneggiato ed una volta in conseguenza del diritto di surroga accordato all'art. 1916 e ss. c.c.²⁶⁰ all'Ente assicuratore che, dopo aver risarcito il danneggiato, agisce in regresso nei confronti del danneggiante.²⁶¹

trasferisce per effetto della surrogazione, l'assicurato non ne è più titolare e non può esigerne il pagamento dal terzo danneggiato, che altrimenti sarebbe costretto ad un duplice pagamento: sia nelle mani del danneggiato (a titolo di risarcimento) sia nelle mani dell'assicuratore di questi (a titolo di surrogazione)". Sul punto si veda U. IZZO, *La "giustizia" del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, manoscritto dell'Autore, in corso di pubblicazione 2018, 256.

²⁶⁰ "Si è anche osservato (per un approfondimento si veda U. IZZO, *La "giustizia" del beneficio.*, cit., 255 e ss.) che può risultare che assicuratore e assicurato abbiano convenzionalmente pattuito di escludere l'operatività dell'art. 1916 c.c. dal proprio regolamento di interessi - che, se all'assicurato fosse concesso di incamerare l'indennizzo e domandare il risarcimento al terzo responsabile, quella norma nei fatti finirebbe per non poter operare, impedendo all'assicuratore che abbia corrisposto l'indennizzo all'assicurato di esercitare per surroga il diritto contro il responsabile che nel frattempo abbia estinto il suo debito, risarcendo il danneggiato. Il che vanificherebbe in nuce il meccanismo della successione a titolo particolare del diritto attraverso cui si spiega la surrogazione prevista dalla norma.

²⁶¹ Sul punto si veda in particolare U. IZZO, *La compensatio lucri*, cit., il quale acutamente osserva che "riconoscere gli effetti della *compensatio*, quand'anche sulle somme oggetto di accertamento e quantificazione nella transazione intervenuta fra le parti, impedirebbe comunque il trasferimento del diritto per surrogazione. Per la semplice ragione che in tal caso il diritto si direbbe sorto contemplando un limite che sottrae al circuito della risarcibilità del danno, e dunque alla consistenza del diritto di credito destinato a ripianarlo, l'importo del beneficio oggetto della pretesa dell'ente, che col suo pagamento si vorrebbe dire surrogato nel credito risarcitorio. Pretesa che dunque — così ragionando — non potrebbe avere fondamento in un diritto trasferito per surrogazione, ma in un diritto autonomo, dotato di ragioni proprie, di cui in fin dei conti sarebbe sperimentabile tutela dall'ente solo predicando la titolarità, in via originaria e non derivata, di un diritto di rivalsa". Ma si veda anche, Id. *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? (saggio in tre atti)*, Atto Primo, in *Resp. Civ. e prev.*, 2015, 1816-1842; Id., *È nato*

In questo caso infatti, mancherebbe sia il necessario requisito del fatto illecito, posto che il diritto alla prestazione previdenziale esiste in virtù del fatto in sé e per sé considerato, a prescindere dal suo carattere illecito. Mancherebbe il rapporto di causalità, se lo si legge nello stretto rigore letterale dell'art. 1223 c.c., posto che sembrerebbe mancare nel rapporto tra assicurato ed assicurazione, inoltre l'illecito non è *condicio sine qua non*, perché anche se non ci fosse, sorgerebbe comunque il diritto ad ottenere la prestazione previdenziale in virtù dell'evento in sé e per sé considerato.

Se così è, ne deriva che non potrebbe essere applicata la *compensatio lucri cum damno* nell'ipotesi di intervento dell'ente assicuratore, con il doppio paradosso che, che se non posso considerare la prestazione dell'ente previdenziale decurtandola, il danneggiato si trova ad avere un risarcimento doppio (una volta dal danneggiante e l'altra dalla compagnia assicurativa), ed il danneggiante si trova a pagare due volte, una al danneggiato e l'altra all'ente assicuratore che esercita la surroga.²⁶²

Per ovviare a quest'ultimo problema, bisognerebbe impedire la surroga dell'ente assicuratore, ma così facendo si origina un'*interpretatio abrogans* delle norme del Codice Civile che invece espressamente la ammettono.²⁶³

Ecco allora che, volendo ricercare il fondamento normativo dell'istituto in parola e ritrovandolo nel corollario della funzione riparatoria della responsabilità civile, che postula l'integralità del risarcimento e la risarcibilità del solo danno, non oltre, è necessario togliere gli arricchimenti che derivano dall'illecito anche se non sono conseguenza immediata e diretta. Del resto, tale lettura è supportata dalla nuova visione dell'art. 1223 c.c., che secondo una lettura *lata*, come da tempo la giurisprudenza fa, ricomprende nel concetto di causalità anche le conseguenze mediate e dirette purché prevedibili e regolari, qual è quella dell'intervento della compagnia assicurativa. Di

prima il danno o la sicurezza sociale? Atto secondo, ivi, 2016, 40-74; *ID.*, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? Atto terzo*, *ibidem*, 399-432; *Id.*, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? Conclusioni*, *ibidem*, 2016, 759-780.

²⁶² M. BONA, *Accordi transattivi INAIL – Assicuratore r.c. auto e concorso di colpa: quali interazioni tra tutela risarcitoria e protezione indennitaria?* in *Resp. civ. prev.*, 2013, fasc. 5, 1688 e ss.

²⁶³ T.A.R. Napoli, 5 agosto 2010 n.17232, secondo il quale “[...] dall'importo liquidato a titolo di risarcimento del danno alla persona (patrimoniale o biologico) non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di inabilità o di reversibilità, oppure a titolo di assegni, di equo indennizzo, o di qualsiasi altra speciale erogazione connessa alla morte o all'invalidità, in quanto, perché possa applicarsi il principio di *compensatio lucri cum damno* è necessario che il vantaggio economico sia arrecato direttamente dal medesimo fatto concreto che ha prodotto il danno e invece le erogazioni da ultimo indicate si fondano su un titolo diverso rispetto all'atto illecito e non hanno finalità risarcitoria”.

conseguenza, richiedere una causalità immediata e diretta ai fini dell'operatività della *compensatio*, a ben vedere, non sembra corretto.

Ciò è confermato del resto dalle disposizioni del Codice Civile poc'anzi menzionate che costituiscono il fondamento stesso del principio di *compensatio lucri cum damno*, le quali prevedono espressamente una compensazione con vantaggi che non sono conseguenze immediate e dirette, ma sono frutto di condotte ulteriori rispetto all'illecito, esattamente come accade nel sistema delle assicurazioni, dato l'intervento della compagnia.

Inoltre, ai fini dell'operatività del criterio di quantificazione del danno in parola, non è necessario che vantaggio e danno derivino da un'unica fonte, posto che a rigore non si tratta di una compensazione in senso tecnico, così come disciplinata agli artt. 1243 e ss. c.c., ma piuttosto si richiede l'identità della condotta, in modo tale che sia la stessa condotta a cagionare sia l'arricchimento che il danno. Con questo non significa pretendere che via sia solo la condotta alla base del vantaggio e anche del danno senza l'intermediazione di fattori umani o giuridici (come nel caso l'intervento della compagnia assicurativa), perché altrimenti la regola della *compensatio lucri cum damno*, seppure teoricamente affermata, difficilmente troverebbe concreta applicazione. Non si tratta di compensazione in senso tecnico perché il danno risarcibile risulta essere ridotto non perché tecnicamente lo si va a compensare, ma perché nasce *ab origine* ridotto del vantaggio che il danneggiato ottiene, e questo fa sì che nella sua quantificazione esso sia inferiore.

Ecco dunque che, il principio esaminato rappresenta un ulteriore filtro giurisprudenziale al sistema di quantificazione del danno, il quale forse, anziché operare sulla perimetrazione del danno giuridico, opera questa volta già a monte nella determinazione del danno storico, che nasce appunto come detto già limitato *ab origine*. Di certo, vi è che il principio della *compensatio* si pone quale ulteriore "filtro" nella quantificazione del danno risarcibile, ma ciò nonostante, lascia assolutamente integro il principio di integrale riparazione del danno.²⁶⁴ Anzi, ove il principio in parola non

²⁶⁴ In particolare, in tema di *aliunde perceptum* detraibile o scomputabile dal *quantum* risarcitorio, al fine di salvaguardare il c.d. principio di integrale riparazione del danno, si veda Ord. Cass. civ., 5 marzo 2015, n. 4447, in *Dir. e Giust.* 2015, con nota di SAVOIA, la quale afferma: "In tema di danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui, dall'ammontare del risarcimento deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità percepita dal superstite in conseguenza della morte del congiunto, attesa la funzione indennitaria assolta da tale trattamento, che è inteso a sollevare i familiari dallo stato di bisogno derivante dalla scomparsa del congiunto, con conseguente esclusione, nei limiti del relativo valore, di un danno risarcibile".

operasse, verrebbe per converso vulnerata l'integrale riparazione, in eccesso, certo, non già in difetto.

2.12. *Il risarcimento del danno non patrimoniale: risarcimento per la vittima o punizione per il danneggiante?*

Il fatto illecito può avere colpito il patrimonio del soggetto, ovvero la persona. Nel primo caso il risarcimento sarà del danno patrimoniale, nel secondo del danno non patrimoniale. A questo riguardo si dubita circa il fatto che il risarcimento del danno non patrimoniale in termini monetari sia davvero un "risarcimento", inteso nel verso senso di elisione delle conseguenze dannose. È infatti solo con riferimento ai valori patrimoniali che il denaro può opportunamente colmare la lacuna con funzione di equivalenza²⁶⁵.

Ora, se l'interesse offeso dal danneggiante ha carattere non patrimoniale, ossia si sostanzia nella lesione di un interesse artistico, affettivo, morale ecc., se la sua lesione non ha ripercussioni nel suo patrimonio non può essere a rigore cancellata mediante il denaro, ma solamente con mezzi di identica natura (artistici, affettivi, morali). Ecco perché il Codice Civile nel prevedere il risarcimento del danno non patrimoniale all'art. 2059 c.c. si rivela molto cauto, ed anzi in un primo momento, prima delle aperture dapprima delle Sezioni Unite 2003, e poi delle Sezioni Unite 2008, era tendenzialmente contrario alla risarcibilità dei danni non patrimoniali, ammettendola nei soli casi determinati dalla legge.

Ecco dunque che nel prevedere *ex art.* 185 c.p. il loro risarcimento solo in presenza di un reato, il giudice civile, nel risarcire il danno morale che ne deriva deve essere molto cauto, per evitare che tale tipo di danno si presti ad una speculazione "immorale" del dolore, senza con ciò voler escludere che se la condotta del danneggiante incide su beni non patrimoniali, possa per ciò solo passare "impunita". Del resto, lo stesso diritto romano ha sin dalle origini parlato di "*pecunia doloris*".²⁶⁶

A ben vedere però, il denaro in tali casi più che rivestire la funzione tipica riparatoria che la responsabilità civile dovrebbe avere, sembra poter realizzare accanto

²⁶⁵ D. LA ROCCA, *Diritto e denaro: il valore della patrimonialità*, Milano, 2006, 203 e ss.

²⁶⁶ Al riguardo, cfr. Cass., 19 agosto 2003, n. 12124, in *Il civilista*, 2009, 4, 52 e ss., con nota di PENUTI; in senso sostanzialmente conforme Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, in *Nuova giur. civ.*, 2004, 1, 5, 232, con nota di SCARPELLO, secondo gli autori, grazie al richiamo all'art. 2 Cost., al danno morale è affidata una funzione riparatoria più estesa rispetto alla semplice *pecunia doloris*.

ad essa (o in sostituzione), una funzione sanzionatoria per l'autore della condotta illecita, data appunto dalla c.d. "*pecunia doloris*". Lo stesso Travaglino, in una recentissima pronuncia della Cassazione,²⁶⁷ chiarisce per l'ennesima volta che danno morale ed esistenziale vanno autonomamente risarciti, posto che la sofferenza umana oltre che fisica può essere interiore ed altresì relazionale, nel tentativo di bilanciare la risarcibilità del danno non patrimoniale tra il principio di integrale riparazione e la necessità di evitare risarcimenti bagatellari, scrive appunto che il giudice deve accordare la riparazione in modo tale da considerare "l'unicità e l'irripetibilità di ciascuna delle vicende umane che si presentano dinanzi a lui", ed esso deve fare sì che la riparazione "risulti da un canto equa, dall'altro consonante con quanto realmente patito dal soggetto, pur nella inevitabile consapevolezza della miserevole incongruità dello strumento risarcitorio a fronte del dolore dell'uomo, che dovrà rassegnarsi a *veder trasformato quel dolore in denaro*".

Invero, l'intera argomentazione verrà approfondita nell'affrontare la delicata questione della risarcibilità, o meglio, dell'irrisarcibilità del danno tanatologico, a proposito del quale si evidenzierà la necessità di considerare che il risarcimento del danno non patrimoniale inevitabilmente finisce per assolvere una funzione tipicamente sanzionatoria, al di là dei ristretti formalismi risarcitori entro i quali si continua a voler ricondurre tale tipo di danno. In tale occasione si evidenzierà la necessità di riconsiderare la funzione riparatoria del risarcimento a favore di una funzione sanzionatoria – compensativa, al fine di accordare risarcimento a quei diritti inviolabili, quale la vita, che possono essere incisi dalla condotta illecita del danneggiante. per vero, la questione viene in rilievo anche con specifico riferimento all'ammissibilità dei danni punitivi, per vagliare la quale non si può che preliminarmente chiarire e determinare la reale funzione della responsabilità civile.²⁶⁸

Ora, anticipando quanto meglio si approfondirà in seguito, si tenga presente che la funzione sanzionatoria convive con quella riparatoria, posto che è nel concetto stesso di "danno ingiusto" che si declinano le due funzioni. Se danno ingiusto è un danno *contra ius*, ossia lesivo della sfera giuridica altrui, oltre che un fatto *non iure*, non autorizzato cioè dall'ordinamento, è evidente che nella descrizione dell'elemento costitutivo della

²⁶⁷ Cass., sez. II, 20 aprile 2016 n.7766.

²⁶⁸ Secondo taluni autori, vi sarebbe stata per così dire una "secolarizzazione della responsabilità civile" la quale prende corpo nella "distanza da guardare tra danno e reato", sul punto, per un'analisi critica si veda C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 283 e, con riferimento al risarcimento punitivo, Id., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 326-342.

responsabilità aquiliana, il legislatore sta contemporaneamente facendo riferimento sia alla sfera del danneggiato, nel prevedere il carattere “*contra ius*”, sia alla sfera del danneggiante, nel richiedere un fatto “*non iure*”.

Di talché le finalità sottese all’art. 2043 c.c. non possono che essere entrambe: riparare il danno cagionato, e sanzionare il colpevole per avere posto in essere una condotta non autorizzata dall’ordinamento. Del resto, il fatto *non iure* non è irrilevante ai fini della configurazione di una responsabilità *ex art. 2043 c.c.*, posto che se lo si elidesse, e dunque se si fosse al cospetto di una condotta, per converso, autorizzata, non si potrebbe più configurare una responsabilità da fatto illecito, bensì vi sarebbe una responsabilità da atto lecito dannoso, con la conseguenza che non vi sarebbe più un’obbligazione risarcitoria, bensì una indennitaria.²⁶⁹

Ecco che allora, nel momento in cui si prevede l’obbligo di risarcimento, in via di principio più cospicuo del semplice obbligo di indennizzo, si sta per così dire “sanzionando” il colpevole della condotta illecita per avere posto in essere una condotta non autorizzata che ha cagionato un danno ad un soggetto. *Ad adiuvandum*, si consideri lo stesso art. 1173 c.c., il quale fa chiaramente riferimento all’ “illecito civile” quale fonte di obbligazione, si comprende bene come il risarcimento del danno è la reazione all’illecito civile, cioè una forma di sanzione civile. Si sta, in altre parole, qualificando il fatto guardando alla sfera del danneggiante, si parla infatti di “fatto illecito”, ne deriva che una componente sanzionatoria, seppur minoritaria residuale, è insita nella stessa previsione della responsabilità *ex art. 2043 c.c.* Se certo la funzione riparatoria è quella principale, e ciò è confermato dallo stesso sistema di quantificazione del danno, il quale dato il combinato disposto degli artt. 2043 c.c. – 1223 c.c. e 2056 c.c. lo determina nel danno emergente e nel lucro cessante, definendo il concetto stesso di “danno giuridico”, in contrapposizione al c.d. “danno storico”, ossia il danno precedente alla serie di “filtri” che ancora devono essergli applicati per quantificarlo, non v’è dubbio che accanto alla finalità riparatoria volta all’eliminazione delle conseguenze del danno, convive una finalità sanzionatoria, volta alla deterrenza.

²⁶⁹ S. RODOTA', *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile (1966)*, ora in *Le prosluzioni dei civilisti, III (1940-1979)*, Napoli, 2012, 3089 e ss. F. BENATTI, *Dall’astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, 679 e ss. Per quanto riguarda le motivazioni addotte circa il loro contrasto con l’ordine pubblico, in quanto atti a sanzionare più che a risarcire, si veda G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?* in *Contr. impr.*, 2015, 1195 e ss. In particolare, sul concetto di ordine pubblico si veda: C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole “concetto” di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 481 e ss., spec. 489-492.

Del resto, la bontà di tali argomentazioni è confermata dalla stessa Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite 2016,²⁷⁰ chiamate a pronunciarsi sull'ammissibilità dei c.d. danni punitivi nel nostro ordinamento, i quali potrebbero trovare ingresso solo se si arriva ad ammettere, appunto, una funzione sanzionatoria sottesa all'art. 2043 c.c.

Ecco allora che rispondere alla domanda iniziale, ossia il quesito se il risarcimento del danno sia un risarcimento per la vittima, ovvero una punizione per il danneggiante, assume portata generale anche al di fuori del ristretto ambito del danno non patrimoniale, rendendo di fatto impossibile una scelta escludente tra le due funzioni, posto che esso più correttamente dovrebbe rivestirle entrambe, senza possibilità di *out out*.

²⁷⁰ Ordinanza Cass. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Foro it.*, 2016 con nota di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento in Italia di danni punitivi: la parola alle sezioni unite*. Secondo cui: "Deve essere rimessa al Primo Presidente, perché valuti l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione relativa alla riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. L'attuale vigenza nell'ordinamento del principio di non delibabilità, per contrarietà all'ordine pubblico, delle sentenze straniere che riconoscano danni punitivi desta infatti perplessità, alla luce della progressiva evoluzione compiuta dalla giurisprudenza di legittimità nell'interpretazione del principio di ordine pubblico, originariamente inteso come espressione di un limite riferibile esclusivamente all'ordinamento giuridico nazionale, ma che è andato successivamente ad identificarsi con l'"ordine pubblico internazionale", da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela, comuni ai diversi ordinamenti, dei diritti fondamentali dell'uomo e desumibili dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria".

CAPITOLO TERZO

LA PRIMORDIALE TENDENZA ESPANSIVA

3.1. Introduzione. Le origini solidaristiche della tendenza espansiva. **3.2.** Il risarcimento del danno non patrimoniale tra la solidarietà *restrittiva* dell'art. 2043 c.c. quale filtro all'ingiustizia e quella *espansiva* dell'art. 2 Cost. dei "diritti inviolabili". **3.3.** La solidarietà nel bilanciamento tra danneggiato danneggiante ai fini della determinazione del *quantum* risarcitorio *ex art.* 2043 c.c. **3.4.** Il risarcimento del danno non patrimoniale in ambito contrattuale. **3.5.** L'influenza dei Principi Unidroit, dei Principi del Diritto Europeo dei Contratti (PECL) e del Draft Common Frame of Reference (DCFR) sul risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale. **3.6.** L'art. 2 Cost. e la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione della proprietà privata in conseguenza al fenomeno delle "immissioni". Un caso recente (Cassazione n. 20927/2015). La solidarietà come "contro-limite" alla CEDU. **3.7.** L'influenza della

CEDU nel catalogo dei diritti fondamentali *ex art. 2 Cost.* **3.8.** L'illecito endo-familiare: il tradimento ingiusto lascia il posto a quello solidale. "Cornuto" ma non mazziato. **3.9.** L'obbligo di soccorso difensivo *ex art. 2 Cost.*, contrasto giurisprudenziale e prospettiva critica. **3.10.** La causalità omissiva e la perdita di chance come estensione del risarcibile. Dal "ragionevole dubbio" al "più probabile che non" per arrivare alla chance.

3.1. Introduzione: Le origini solidaristiche della tendenza espansiva.

Abbiamo sin d'ora visto come l'intero sistema di quantificazione del danno, già caratterizzato da innumerevoli "filtri" abbia posto numerosi interrogativi circa il rispetto del principio di integrale riparazione del danno, il quale seppur non sia costituzionalizzato, è posto alla base del sistema risarcitorio. Rileggendo Rodotà, dal quale si è partiti in questa analisi, ben si coglie come l'origine della tendenza espansiva che ha caratterizzato il sistema della responsabilità civile sino ai tempi recenti, e sino alla nuova controtendenza contenitiva che si sta facendo largo non così timidamente, si colga rileggendo l'art. 2043 c.c. alla luce dell'art. 2 Cost.

Se come visto, l'ingiustizia del danno è "colorata" dalla solidarietà, talvolta è necessario scindere l'ingiustizia dalla solidarietà stessa, di modo tale che si possa distinguere tra il "danno ingiusto" ed il "danno solidalmente risarcibile", il quale è un requisito per così dire ulteriore rispetto all'ingiustizia del danno. Può ben accadere infatti, che il danno sia ingiusto, ma non sia risarcibile. È ingiusto in quanto lede una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, ma non è risarcibile in quanto nel bilanciamento tra la sfera del danneggiato e quella del danneggiante prevale quest'ultima, in nome ad esempio dell'utilità sociale che il soggetto ponendo in essere la condotta mirava a realizzare. Vi sono infatti attività lecite che l'ordinamento consente in nome dell'iniziativa economica privata, *ex art. 41 Cost.*, nonché appunto dell'utilità sociale che esse realizzano, tuttavia dannose, ma che, seppur tali, non accordano alla vittima una tutela risarcitoria, bensì unicamente indennitaria, stante la risoluzione di questo bilanciamento a favore dell'iniziativa economica.

Quando però l'attenzione si sposta dal danneggiante al danneggiato, fenomeno che avviene con il passaggio dal Codice del 1865 di schietto impianto sanzionatorio, a quello attuale, di matrice prevalentemente riparatoria, l'art. 2 Cost. allarga lo spettro delle situazioni risarcibili. È infatti nel momento del danno ingiusto che si esplica il principio solidaristico, l'ingiustizia non è più riferita alla condotta del danneggiante,

bensì al danno subito dal danneggiato, di talché si rende oggettiva la valutazione della violazione dell'art. 2043 c.c., integrata a prescindere dall'aver tenuto una condotta diligente: qualora seppure diligente cagioni un danno, questo va risarcito. Lo spostamento di attenzione dal carnefice alla vittima è uno degli aspetti in cui opera il principio solidaristico, ed anzi è proprio grazie ad esso che si attua, e permette di allargare la tutela risarcitoria anche innanzi a condotte diligenti, ma causative di un danno ingiusto.²⁷¹

Ecco che “la considerazione primaria della posizione del danneggiato richiama immediatamente il ricordato principio di solidarietà, inteso come limite generale all'operare dei soggetti”.²⁷² E, nell'affermare ciò, Rodotà sottolinea come la solidarietà non sia legata alla diligenza, cioè per essere solidali non è sufficiente essere diligenti, posto che così facendo si legherebbe l'ingiustizia alla condotta non già al danno. La diligenza serve unicamente a valutare se il comportamento è quello dovuto, e ancorché quel comportamento sia conforme, non è detto che non comporti un obbligo risarcitorio.²⁷³ Ecco l'emergere della forza espansiva della solidarietà nell'assetto della responsabilità *ex art. 2043 c.c.*

L'autore si chiede a questo punto se il principio di solidarietà, sia qualcosa di ulteriore rispetto al principio dell'*alterum non laedere*. In particolare, ciò che l'autore si chiede è se la violazione della norma in sé sia sufficiente ad integrare l'evento lesivo, ovvero se a tal fine sia necessaria anche la lesione di una specifica situazione soggettiva, ed egli conclude che “non è pensabile una violazione del principio di solidarietà disgiunta dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva a cui esso, nel caso specifico, si riferisce”.²⁷⁴

Sarebbe in altri termini proprio la lesione del principio di solidarietà accanto all'*alterum non laedere* a generare l'obbligo di risarcire. Ecco dunque che un danno ingiusto per essere risarcibile deve avere conculcato il principio solidaristico. Di qui la distinzione nell'*incipit* evidenziata tra il “danno ingiusto” ed il “danno risarcibile”. È

²⁷¹ Osserva infatti S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, 107 e ss., cit., “L'aver posto in diretta relazione danno e ingiustizia fa passare in primo piano il fatto obiettivo della lesione, dando così forma tecnica al ricordato spostamento di attenzione dall'agente alla vittima”. In ciò l'A. evidenzia una contraddizione, posto che lo spostamento del focus sul danno ha per così dire “oggettivizzato” la valutazione di responsabilità, epurata dalla condotta soggettivamente diligente, ma del pari non ha eliso l'elemento soggettivo del dolo e della colpa insito nell'art. 2043 c.c.

²⁷² S. RODOTÀ, Id., 109, ma anche SANTORO, PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 77 e ss.;

²⁷³ S. RODOTÀ, Id., 111, secondo il quale, appunto, “[...] qualificar diligente (secondo le comuni regole) l'operare di un soggetto non è sufficiente ad evitare l'obbligo di risarcire il danno arrecato”.

²⁷⁴ S. RODOTÀ, Id., 111 e ss.

allora evidente che, come poc'anzi evidenziato nei primi capitoli, la solidarietà sembra porsi come “ulteriore filtro” alla tutela risarcitoria, ma a ben vedere, quella stessa solidarietà che si pone in taluni casi come “contenitiva” sembra in altre circostanze portare alla risarcibilità di situazioni giuridiche soggettive che altrimenti non potrebbero trovare ristoro. In altre parole, è vero che la solidarietà si pone come ulteriore filtro, ma è vero anche che la lesione della stessa permette di risarcire situazioni giuridiche che altrimenti non avrebbero trovato ristoro se si considerasse nei termini tradizionali, epurati dai connotati solidaristici, il danno ingiusto. Di qui la portata espansiva dell'art. 2 Cost.

Del resto, questa portata espansiva la si rinviene nelle Sezioni Unite 2008 San Martino, le quali permettono proprio all'art. 2 Cost. di integrare quel catalogo di diritti che se lesi, meritano tutela risarcitoria, allargando la stessa al di fuori dei confini della stretta tipicità dei diritti soggettivi assoluti che le era propria, e permettendo la risarcibilità dei c.d. “diritti inviolabili” costantemente enucleabili con il progresso della società. Del pari, questa tendenza contraddittoria della solidarietà, prima “restrittiva” e poi “espansiva” è bene evidenziata dalla previsione di uno strumento appunto contenitivo dato dalla c.d. clausola bagatellare, la quale posta a fianco dell'apertura ai diritti inviolabili, impone di tollerare i pregiudizi futuri ed irrisori.

3.2. Il risarcimento del danno non patrimoniale tra la solidarietà restrittiva dell'art. 2043 c.c. quale filtro all'ingiustizia e quella espansiva dell'art. 2 Cost. dei “diritti inviolabili”.

Analizzata la struttura del danno patrimoniale, e la nozione di ingiustizia, permeata come evidenziato da una componente solidaristica, anche quella del danno non patrimoniale può ritenersi analoga. Anche per questo infatti l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria è dato dal danno conseguenza, anche se per vero non è sempre stato così, nel senso che si è sostenuto, ad un certo momento storico, che la tutela della salute per essere effettivamente tale, dovesse portare a considerare la sua lesione un danno in *re ipsa*, e dunque ammettere il risarcimento del danno in parola quale mero danno evento, senza necessità di considerare se ed in quali termini di possa configurare un danno conseguenza.

La differenza tra danno patrimoniale e non patrimoniale non è pertanto strutturale, bensì nel c.d. filtro atto a selezionare il danno meritevole di tutela risarcitoria: se per l'art. 2043 c.c. esso è atipico, dato come visto, dalla clausola di ingiustizia, per l'art.

2059 c.c. esso è segnato da un principio, almeno in origine, di stretta tipicità, costituito dalla riserva di legge: non è più quindi sufficiente un'ingiustizia generica, ossia la lesione di un interesse meritevole di tutela, piuttosto è necessario che espressamente si tuteli la risarcibilità di tale interesse non patrimoniale.²⁷⁵ Il sistema risarcitorio relativo al danno non patrimoniale si presenta dunque in un primo momento estremamente rigido, per poi divenire un sistema solo "tendenzialmente atipico", sino ad arrivare alla necessità di limitare la proliferazione di danni bagatellari. Ruolo chiave nell'evoluzione avutasi al riguardo è appunto rappresentato dalla clausola di solidarietà, sancita all'art. 2 Cost.

Il primo campo di indagine circa l'impatto dell'art. 2 Cost. sul sistema della responsabilità civile non può che muovere dunque dall'analisi dell'evoluzione del risarcimento del danno non patrimoniale, ricordando che dalle storiche sentenze San Martino del 2008 esso è risarcibile sia conseguentemente ad un illecito aquiliano, sia in conseguenza ad un illecito derivante dall'inadempimento di un'obbligazione. È in relazione ad esso che la clausola solidaristica manifesta la sua primordiale tendenza espansiva nell'accordare il risarcimento per la lesione di qualsiasi diritto inviolabile, superando gli originari limiti posti dall'art. 2059 c.c. richiedenti una specifica disposizione di legge ovvero la sussistenza di un reato, *ex art. 185 c.p.*²⁷⁶

Invero, l'art. 2 Cost., è stato interpretato come norma immediatamente precettiva, legittimante il risarcimento in quanto anch'essa ritenuta "legge" atta a soddisfare la riserva posta dall'art. 2059 c.c. Di qui la considerazione dell'art. 2 come catalogo "aperto" entro il quale far confluire i nuovi diritti inviolabili che la realtà sociale, più rapida nei cambiamenti rispetto alla realtà giuridica, imponeva di considerare ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale. Successivamente però, si è avuta un'inversione di tendenza nel sistema: si sta progressivamente facendo largo l'idea che, proprio in virtù della clausola solidaristica, il danneggiato sia costretto a sopportare una parte del danno patito.

²⁷⁵ *Ex plurimis*, per comprendere il dibattito sul punto, ed in particolare la posizione iniziale della giurisprudenza sulla spinosa questione della tipicità del danno non patrimoniale si veda Cass. sez. III, 15 luglio 2005 n. 15022, secondo la quale mentre il risarcimento del danno patrimoniale comporta, riguardo al solo danno ingiusto, la clausola generale e primaria dell'art. 2043 c.c. che ne sancisce *expressis verbis* l'atipicità, lo stesso principio non può essere trasposto nel danno non patrimoniale, poiché l'art. 2059 c.c. limita la risarcibilità ai soli casi previsti dalla legge.

²⁷⁶ E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 63 e ss.

Questa tendenza, se sta mostrando timidamente i primi apporti significativi nel campo della responsabilità aquiliana, si sta invece rivelando dirompente nell'ambito dei rapporti obbligatori, dove, sempre più spesso, in nome della solidarietà e della buona fede il danneggiato è chiamato a sopportare una parte di danno e, parallelamente il titolare del diritto a salvaguardare la sfera giuridica dei soggetti che con esso vengono in *contatto* nell'esercizio di quello stesso diritto.

Per meglio comprendere l'evoluzione avutasi al riguardo è necessario muovere l'indagine dall'analisi dell'evoluzione del danno non patrimoniale per poi scandagliare le singole fattispecie in ambito aquiliano.

Il risarcimento del danno non patrimoniale è in origine ricondotto all'art. 2059 c.c. ed alla stringente riserva di legge che esso poneva. Poteva infatti dirsi risarcibile il danno non patrimoniale nei soli casi previsti dalla *legge* o in presenza di un reato, con la conseguenza che per avere ristoro in campo civile, si rendeva necessario dimostrare tutti gli elementi costitutivi del reato, e in particolare la prova penale della colpa.

Così come posto, l'art. 2059 c.c. rendeva difficile accordare il risarcimento ai danni di maggiore rilevanza, quale il danno alla salute, e imponendo, oltre all'osservanza della riserva di legge, una prova rigorosa della colpa, si poneva in contrasto con gli artt. 2, 3, 32, 24 e 113 della Carta Fondamentale. Di talché la salute non avrebbe potuto godere di un'effettiva ed incisiva tutela. Si è allora sollevata una questione di legittimità costituzionale, con la storica sentenza 184/1986. Le strade percorribili erano due: o si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. mediante una sentenza additiva che statuisca il principio secondo cui il danno alla salute va risarcito sempre, oppure si finge che il danno alla salute sia un danno *patrimoniale*, ossia un danno al patrimonio della persona.

È proprio questa seconda via ad essere seguita. Per superare i limiti operativi dell'art. 2059 c.c. si è proceduti alla tecnica del "travaso", al fine di poter eventizzare il danno alla salute, in modo tale da poterlo risarcire sempre, concependolo, ai sensi dell'art. 2043 c.c. come un danno evento. Per fare ciò è necessario concepire la salute come una posta attiva del patrimonio, che, se lesa, cagiona per ciò solo un danno conseguenza. In altre parole, si risarcirebbe la lesione della salute in sé, quale danno evento. Si concepisce la salute, al pari degli altri diritti fondamentali, come un elemento costitutivo della persona, ed il patrimonio viene inteso non solo in senso economico ma in senso stretto "personalistico". Si inizia così a concepire una sorta di contrapposizione tra l'art. 2059 c.c. che risarcisce i danni non patrimoniali, e l'art. 2043 c.c. che risarcisce

i soli danni patrimoniali, tra i quali rientra però anche il danno alla salute, così come poc' anzi intesa.

Invero, tale contrapposizione è errata: l'art. 2043 c.c. non è riferito al solo danno patrimoniale, ma anche a quello non patrimoniale. L'art. 2059 c.c. previsto per i danni non patrimoniali non sostituisce il 2043 c.c. ma si aggiunge ad esso, con la conseguenza che non è sufficiente la colpa, la causalità ed il filtro dell'ingiustizia, ma è necessario, in aggiunta, il filtro della tipicità – richiesto dall'art. 2059 c.c. – al fine di poter risarcire il danno non patrimoniale.

Ne deriva che l'ingiustizia che legittima il risarcimento è “rafforzata”, ossia legalmente qualificata. È così necessario distinguere i danni regolati *solo* dall'art. 2043 c.c. e quelli regolati *anche* dall'art. 2059 c.c., *sub specie* di danni non patrimoniali.

Dalla questione di legittimità costituzionale così sollevata ne deriva un superamento dei tradizionali limiti posti dall'art. 2059 c.c.: in primo luogo cade la tipicità. Non si richiedono più norme puntuali che prevedano il risarcimento del danno non patrimoniale ma, a partire dalle storiche sentenze gemelle della Cassazione n. 8827-8828/2003, si evidenzia come per “legge” devono intendersi anche le norme costituzionali che, avendo carattere immediatamente precettivo, considerano taluni diritti fondamentali come inviolabili per il tramite dell'art. 2 Cost., come norma non meramente programmatica ma immediatamente precettiva.

Cade anche il secondo limite: la dimostrazione della sussistenza del reato e della colpa penale. Con la sentenza della Cassazione n. 10482/2004 si osserva come nei casi dove è necessario l'accertamento del reato perché manca il diritto fondamentale della persona, il reato non va accertato secondo le regole penali, ma data l'autonomia funzionale dell'illecito civile, è possibile accertare il reato con regole civili, servendosi delle presunzioni di colpa.²⁷⁷ Ecco dunque che la riserva di legge è stata relativizzata nel senso che è sufficiente la copertura costituzionale per osservarla, e sono state civilizzate le regole probatorie per l'accertamento del reato. Di conseguenza, sono venute meno quelle esigenze di ricondurre il danno alla salute all'art. 2043 c.c., oggi esso è infatti risarcibile *ex art.* 2059 c.c., secondo una lettura allargata della riserva di legge alle norme costituzionali.

Com'è noto, infatti, oggi la risarcibilità del danno non patrimoniale si muove in maglie ben definite, incentrata su una rilettura costituzionale orientata dell'art. 2059 c.c. che ammette il risarcimento non più solo in presenza di un fatto di reato, *ex art.* 185 c.p.,

²⁷⁷ Ad esempio, gli artt. 2050, 2051, 2052 ma anche l'art. 2054 co. I e II.

ma anche per violazione dell'art. 32 Cost., o per pregiudizi incidenti sui diritti inviolabili della persona umana, *ex art. 2 Cost.*, in combinato disposto con l'art. 2059 c.c.

Ne è derivato un sistema risarcitorio binario: da un lato la responsabilità patrimoniale – atipica - *ex art. 2043 c.c.* che non postula alcun filtro se non l'ingiustizia del danno, dall'altro quella non patrimoniale – tipica - *ex art. 2059 c.c.* letto in combinato disposto con l'art. 32 Cost. per il danno alla salute, e con l'art. 2 Cost. per quel che concerne ulteriori pregiudizi non patrimoniali, diversi da quelli alla salute che, in entrambi questi ultimi casi, postula invece un doppio filtro: l'ingiustizia e la rilevanza costituzionale di tale ingiustizia, *sub specie* di lesione di un diritto inviolabile.²⁷⁸

Il filtro dell'inviolabilità del diritto leso è stato posto a fondamento della pretesa risarcitoria proprio per scongiurare la prassi invalsa di risarcire semplici disagi e fastidi (quali ad es. la rottura del tacco della sposa, o lo sconforto di un tifoso per non aver potuto vedere la partita di calcio per l'interruzione dell'energia elettrica) sull'assunto in base al quale il risarcimento del danno alla qualità dell'esistenza postulerebbe la rilevanza costituzionale non già del diritto leso bensì del pregiudizio sofferto. E, dal momento che tale pregiudizio incide sulla persona, esso andrebbe per ciò stesso risarcito.

Si è obiettato che il richiamo all'art. 2 Cost. ha portato il risarcimento del danno non patrimoniale nell'alveo dell'atipicità, essendo i diritti inviolabili un catalogo "aperto" suscettibile di costante enucleazione, col timore di concedere al giudice un'eccessiva discrezionalità nel valutare l'inviolabilità dei nuovi diritti emergenti. Invero la dottrina ha correttamente osservato che l'art. 2 Cost., non è una "clausola aperta" bensì un "contenitore" di tutti i diritti inviolabili già previsti e contenuti nella Carta Fondamentale. Pertanto, non sarebbe scalfita la tipicità del risarcimento del danno non patrimoniale sebbene sia incontestabile un'espansione dei danni risarcibili, tenuta a freno dalla c.d. "clausola bagatellare".

Di qui in avanti, per ricondurre un diritto leso al crisma dell'inviolabilità si è iniziato a sostenere che la rilevanza costituzionale dovesse essere vagliata con

²⁷⁸ Per tracciare una compiuta evoluzione sul punto si veda: P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale, evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011. Si veda anche M. ASTONE, *Danni non patrimoniali. Art. 2059 c.c.*, in *Commentario al Cod. Civ.*, Schlesinger, diretto da F. D. BUSNELLI, 123 e ss. Secondo l'A. le Sezioni Unite mostrerebbero un atteggiamento di apertura verso quei diritti inviolabili del nostro ordinamento che, ancorchè non scritti, rientrerebbero nella piena risarcibilità *ex art. 2 Cost.*, senza indagare l'annoso dibattito tra i costituzionalisti circa la natura giuridica dell'art. 2 Cost. quale riassuntivo o integrativo dei diritti inviolabili contenuti nella Carta Fondamentale.

riferimento al pregiudizio sofferto (in modo tale che incidendo sulla persona umana sia per ciò stesso risarcibile) anziché all'interesse leso. E così si è avuta la proliferazione di risarcimenti per disagi e semplici fastidi, incidenti su situazioni giuridiche soggettive di dubbia "inviolabilità", seppur costituzionalmente tutelate.

Ne deriva la necessità dell'intervento delle Sezioni Unite 2008, le quali hanno posto un argine alla risarcibilità di tutti quei pregiudizi futili ed irrisori, costituenti semplici disagi, fastidi, disappunti e ansie. Il filtro alla risarcibilità è dato dalla gravità dell'offesa e dalla serietà del danno. Tale filtro postula un giudizio di bilanciamento tra i diversi diritti vantati dai consociati, talvolta incompatibili tra loro, condotto sulla base della solidarietà sociale, *ex art. 2 Cost.* che impone di tollerare disagi e fastidi ove questi derivano dall'esercizio di diritti altrettanto tutelati costituzionalmente. A trovare ristoro sono dunque i soli pregiudizi consistenti nella lesione dei diritti inviolabili dell'uomo *ex art. 2 Cost.* La rilevanza costituzionale deve dunque attenere al diritto leso, non già al pregiudizio sofferto. Ecco dunque che la c.d. clausola bagatellare impone, per mezzo del principio di tolleranza, di accettare e sopportare l'invasione della propria sfera giuridica entro un certo limite.²⁷⁹

Così delineata la risarcibilità del danno non patrimoniale si evidenzia come esso sia un danno conseguenza, riconducibile all'art. 2059 c.c. sia per i danni derivanti da una sofferenza momentanea sia per la lesione dei diritti fondamentali.

La Corte ha avuto più volte modo di affermare che l'art. 2059 c.c. non disciplina un'autonoma fattispecie di illecito, distinta da quella di cui all'art. 2043 c.c. ma si limita a disciplinare i limiti e le condizioni di risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali. Per molto tempo infatti i due articoli in parola sono stati letti in contrapposizione, sostenendo che mentre l'art. 2043 c.c. per i danni patrimoniali ha carattere atipico, l'art.

²⁷⁹ Si potrebbero muovere tre critiche alla clausola bagatellare introdotta per arginare la proliferazione dei danni risarcibili. In primo luogo, essa non ha fondamento normativo, in secondo luogo si contraddice l'assunto di partenza: i diritti fondamentali della persona sono inviolabili, essa impone invece di accertare una certa violazione, entro determinati limiti. In terzo luogo, essa è stata introdotta solo per i diritti fondamentali della persona, non anche per i danni economici, che vanno invece sempre risarciti, a prescindere dalla loro tollerabilità. La Corte di Strasburgo e i principi Unidroit impongono di risarcire tutti i danni, senza che si possa diversificare in base alla gravità e all'intensità. Alle critiche così esposte si potrebbe trovare una soluzione che le sconfessi. In realtà con essa non si intende creare una diversità tra danni risarcibili e danni non risarcibili ma tra i "danni" e i "non danni". La clausola bagatellare serve per definire il concetto di danno "non patrimoniale", che non ha una base normativa ed oggettiva, e quindi serve capire quando c'è danno e quando semplice molestia. In campo economico la clausola bagatellare non si pone perché si sa oggettivamente quando vi è danno, non serve un intervento definitorio sul concetto di danno economico. Quando invece si parla di sofferenza, è necessario capire quando il dolore ha rilevanza giuridica ai fini del risarcimento. Serve pertanto un parametro quanti – qualitativo per capire quando c'è mera molestia, che va subita, e quando invece c'è una lesione significativa inaccettabile.

2059 c.c. per i danni non patrimoniali ne proclama una stretta tipicità, ammettendone il risarcimento nei soli casi previsti dalla legge.

Se ciò è certamente corretto, ciò che porta a travisamenti è leggere i due articoli in contrapposizione: in altre parole, non è possibile riferire l'art. 2043 c.c. ai soli danni patrimoniali, posto che esso va riferito a tutti i tipi di danno, patrimoniali o non che essi siano, pertanto ogni tipo di danno deve presentare i requisiti da questo richiesti, ossia deve sussistere la colpa, il nesso di causalità tra la condotta ed il danno, nonché l'ingiustizia per quel che concerne i danni patrimoniali, mentre per quanto concerne quello non patrimoniale, oltre ai predetti requisiti, è necessario che sussista il filtro della tipicità, che integra la riserva di legge prevista dallo stesso art. 2059 c.c. In tal modo, l'ingiustizia richiesta dall'art. 2043 c.c. risulta essere rafforzata nella sfera di operatività dell'art. 2059 c.c., ossia "legalmente qualificata", vale a dire deve esserci una previsione legale che espressamente ammette il risarcimento ovvero vi deve essere un vaglio del giudice che, in relazione al singolo caso concreto, giudichi ingiusto quel danno, ai sensi dell'art. 2 Cost., in quanto lesivo di diritti inviolabili della persona.

Ne deriva che non sussiste una contrapposizione tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 2059 c.c. ma piuttosto esistono dei danni risarcibili *solo* ex art. 2043 c.c. (i danni patrimoniali per l'appunto) e danni risarcibili *anche* ex art. 2059 c.c. (i danni non patrimoniali).

I punti fermi dati dalle Sezioni Unite 2008 sono dunque i seguenti: il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, e cioè secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. quando il fatto illecito costituisce astrattamente un reato, in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di *qualsiasi* interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale, quando non ricorre una fattispecie di reato esso è risarcibile solo ove sussista una disposizione legislativa che espressamente ne consente il ristoro, ove non sussista tale espressa previsione normativa, la vittima dell'illecito ha diritto al risarcimento del danno non patrimoniale tutte le volte in cui è lesa un diritto costituzionalmente tutelato ex art. 2 Cost., ossia venga inciso un diritto inviolabile della persona umana, diritto che non è individuato *ex ante* dalla legge, bensì *ex post* dal giudice, ciò grazie all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 Cost.²⁸⁰

²⁸⁰ È chiaro che questo complesso meccanismo che lascia al giudice il vaglio circa la possibile riconduzione del diritto al catalogo di quelli inviolabili dell'uomo rientranti nell'art. 2 Cost., finisce con il porre la necessità di arginare tale discrezionalità, approntandovi una sorta di "procedimentalizzazione"

Tuttavia, al ricorrere di tre condizioni: che l'interesse leso – e non il pregiudizio sofferto – abbia rilevanza costituzionale, altrimenti si perverrebbe ad una surrettizia *interpretatio abrogans* dell'art. 2059 c.c., posto che si ammetterebbe il risarcimento di qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, tangente cioè interessi della persona. Occorre poi che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa deve superare una soglia minima di tollerabilità, posto che il dovere di solidarietà impone a ciascuno di sopportare quella parte di danno che inevitabilmente può scaturire dalla convivenza reciproca, e che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi e fastidi, ovvero alla lesione di diritti immaginari, quali quello alla felicità o alla qualità della vita.

Le Sezioni Unite ribadiscono poi l'irrisarcibilità del danno esistenziale, quale autonoma categoria di danno, posto che esso è già risarcito *ex art.* 2059 c.c., interpretato in modo conforme alla Costituzione., con la conseguenza che risarcire un'ulteriore posta di danno comporterebbe una duplicazione risarcitoria.

Secondo una tesi elaborata negli anni '90 il danno esistenziale era inteso come pregiudizio non patrimoniale, distinto dal danno biologico, anche in assenza di una lesione psicofisica, e del danno morale soggettivo, posto che non atterrebbe alla sfera interiore del sentire, bensì a quella esteriore del “non poter più fare”. Tale figura di danno nasceva nel dichiarato intento di ampliare la tutela risarcitoria per pregiudizi non patrimoniali incidenti sulla persona, svincolandoli dalla previsione normativa dell'art. 2059 c.c. Si affermava infatti che ove il fatto illecito avesse cagionato una limitazione alle attività realizzatrici della persona umana, obbligandola ad adottare comportamenti diversi da quelli fino ad allora abitualmente adottati, si realizzava un danno diverso tanto da quello biologico, quanto da quello morale, e conseguentemente esso andava risarcito *ex art.* 2043 c.c., analogamente a quanto in un primo momento era avvenuto per il danno biologico, “trasportato” dall'art. 2059 c.c. all'art. 2043 c.c. per ampliarne la tutela risarcitoria.

Sotto l'egida di tale nuovo tipo di danno si risarcivano dunque quei pregiudizi diversi dal patimento intimo, ossia il danno morale soggettivo, perché non costituenti in una sofferenza bensì nel “non poter più fare”. Esso si risolveva in un nuovo tipo di danno, inteso quale peggioramento della qualità della vita, ovvero alterazione del fare non reddituale, non accompagnato dalla necessaria individuazione, ai fini del requisito

dell'iter logico secondo tre fondamentali passaggi: inviolabilità del diritto leso, gravità della lesione, non futilità del pregiudizio. Sulla discrezionalità del giudice, ed in particolare sul “filtro dei diritti inviolabili” si veda P. ZIVIZ, *La scivolosa soglia dei diritti inviolabili*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1301 e ss.

dell'ingiustizia del danno, di quale fosse l'interesse giuridicamente rilevante leso dal fatto illecito.

Per tal via si è pervenuti a risarcire a volte fantasiose, a volte risibili, prospettazioni di pregiudizi quali la rottura del tacco della sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, finendo per risarcire pregiudizi di dubbia serietà, a prescindere dall'individuazione dell'interesse leso, e finendo per omettere l'analisi circa la sussistenza del requisito dell'ingiustizia. Dopo che con le Sentenze Gemelle 8827/8828 del 2003 si è predicata un'ingiustizia costituzionalmente qualificata ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale, non è più ammesso parlare di danno esistenziale come di un'autonoma categoria di danno, posto che è venuta meno quell'esigenza di riempire un presunto vuoto di tutela: in assenza di reato, ed al di fuori dei casi determinati dalla legge, i pregiudizi esistenziali sono sì risarcibili, ma a patto che ricorra in via consequenziale la lesione di un diritto inviolabile della persona.

Ecco dunque che solo per comodità di sintesi determinati pregiudizi possono essere definiti esistenziali, non potendo essi configurare un'autonoma categoria di danno. Di qui a poco si vedrà però che, proprio partendo da tali assunti elaborati dalle Sezioni Unite San Martino, la giurisprudenza ha compiuto un'intensa evoluzione sia in tema di danno esistenziale che morale.²⁸¹

Per effetto di tale evoluzione postuma, ad oggi, l'attuale sistema risarcitorio pone una serie di quesiti: *in primis* ci si chiede se dall'evoluzione giurisprudenziale avutasi successivamente alle Sezioni Unite 2008, il danno non patrimoniale possa ancora dirsi una categoria unitaria ovvero esso sia divenuto una categoria eterogenea che comprende al suo interno diverse sottocategorie. Come si possa ovviare poi, al duplice problema che esso pone, ossia da un lato l'esigenza di evitare duplicazioni risarcitorie, dall'altro evitare una pretermissione del risarcimento in omaggio al principio di integrale risarcibilità del danno subito. Tale nodo problematico centrale lo si affronterà nel prosieguo *funditus*, evidenziando appunto l'operare della clausola di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

In terzo luogo, ci si chiede se il danno non patrimoniale rimanga effettivamente tipico, e se sì, fino a che punto si è effettivamente relativizzata la riserva di legge, e quali sono le regole i limiti ed i parametri che il giudice deve e può utilizzare nel determinare il *quantum* risarcitorio. Qual è inoltre la sua discrezionalità nell'individuare

²⁸¹ E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 ss., con nota di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce di danno non patrimoniale*.

i diritti fondamentali tutelati *ex art. 2 Cost.*: in particolare si pone il quesito di comprendere se il danno non patrimoniale sia risarcibile sempre o solo quando è particolarmente grave e serio, e come deve essere valutata tale connotazione, nello specifico che ruolo gioca in ciò la clausola di cui all'art. 2 Cost e se esso sia in rapporto ovvero integri quello stesso vaglio di non "bagatellarità" richiesto dalle Sezioni Unite San Martino. Quali sono i problemi probatori in merito all'*an* ed al *quantum*, ed infine se sia corretta la risarcibilità di talune tipologie di danni, riconducibili ai c.d. *punitive damages*, in ossequio alla funzione riparatoria della responsabilità civile.

Per iniziare ad analizzare il primo dei quesiti posti, il danno non patrimoniale è ad oggi una categoria unitaria, ciò è confermato non solo dalle Sezioni Unite del 2008, bensì anche dalle recenti Sezioni Unite 22 luglio 2015 n. 15350 pronunciate in tema di danno tanatologico.

La pronuncia in commento ha infatti ribadito che il danno non patrimoniale non è scindibile in sottocategorie autonome dal punto di vista strutturale e fenomenologico. Esso deve dirsi unitario in quanto unico è il fenomeno della sofferenza. L'assunto è reso chiaro dalla Cassazione nel momento in cui analizza i due principali danni non patrimoniali, vale a dire il danno biologico ed esistenziale. Cendon e Ziviz, i due grandi esistenzialisti per dare autonomia a questo tipo di danno rispetto al morale e a quello non patrimoniale in generale, sostengono che il danno in parola si diversifica in quanto esso non è un danno interiore come il danno morale, che si sostanzia in un *patis*, bensì è un danno esteriore che si concretizza nel non poter più fare ciò che invece vorrei.²⁸²

In realtà, come acutamente osservato da altra parte della dottrina, in particolare da Ponzanelli e Pardolesi, tale differenze sono solo apparenti, posto che non si risarcisce il

²⁸² P. ZIVIZ, *Verso un altro paradigma risarcitorio, in Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di CENDON, ZIVIZ, Milano, 2000. In particolare, dopo la battuta d'arresto che sembrava essere stata inferta al danno esistenziale per effetto delle storiche pronunce di San Martino, le ultime pronunce giurisprudenziali sembrano muoversi verso la definitiva consacrazione dell'autonomia del danno esistenziale, accordando ragione al filone dottrinale degli esistenzialisti volti ad una sempre più intensa "personalizzazione" del danno non patrimoniale di modo tale da riconoscere l'esistenza di nuovi danni nei diversi aspetti della vita quotidiana. Si veda anche P. CENDON, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 284 e ss. Alle tesi degli esistenzialisti, si sono contrapposte quelle dei "non esistenzialisti", raccolte in AA. VV., *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, a cura di G. PONZANELLI, Padova, 2007. La diversità tra gli schieramenti in questione, ed in particolare l'opposta idea dei "non esistenzialisti", che negano l'autonoma risarcibilità del danno esistenziale, preoccupati delle c.d. "duplicazioni risarcitorie", non si è registrata solo con riferimento al modo di descrivere attraverso categorie giuridiche i profili non patrimoniali dell'obbligazione risarcitoria, bensì sui margini stessi della tutela remediale. L'A. afferma in particolare che i diritti inviolabili, se sono tali, vanno sempre risarciti. La serietà del pregiudizio e gravità della lesione sono i due parametri che consentono di risarcire tutto il danno e non oltre.

“non poter più fare”, bensì la sofferenza che ne deriva.²⁸³ Pertanto anche il danno esistenziale ha ad oggetto un *patis*, una sofferenza. Inoltre, se in un primo tempo si era ritenuto che il danno morale si diversificasse dall'esistenziale per la durata, ossia il primo transeunte ed il secondo anche perpetuo, si osserva ad oggi che anche il danno morale può essere perpetuo, basti considerare il dolore per la perdita di un figlio. Pertanto, ad oggi sono venute meno quelle differenze che valevano in passato a distinguere il danno esistenziale dal morale.

Ecco dunque che il danno esistenziale non evoca una categoria autonoma dal punto di vista morfologico ma è solo una sintesi descrittiva di un particolare modo di atteggiarsi del danno non patrimoniale. Lo stesso danno biologico, inteso quale lesione all'integrità psicofisica suscettibile di accertamento medico legale che esplica un'incidenza negativa sugli aspetti dinamico relazionali della persona deve essere intesa quale lesione non già statica, tale da determinare la risarcibilità della salute in sé e per sé, bensì in senso dinamico, in modo tale che si vada a risarcire l'incidenza della lesione biologica sulla vita della persona.

Ecco che allora il danno biologico ed il danno esistenziale sono semplici *species* di un più ampio *genus* che è appunto il danno non patrimoniale, sono cioè particolari modi di atteggiarsi di esso, che è nella sua complessità, il danno da sofferenza, la quale essa stessa si atteggia in modi diversi. Tali modalità possono essere etichettate come sofferenze biologiche, esistenziali, morali, parentali, estetiche, catastrofiche, relazionali ecc. le quali non integrano autonomi danni, ma solo “sintesi descrittive” che evidenziano il particolare modo di atteggiarsi del danno non patrimoniale, il quale ha un'unica manifestazione, la sofferenza, appunto.

Se ciò è stato più volte ribadito, è parimenti necessario evitare da un lato duplicazioni risarcitorie, dall'altro garantire il principio di integrale riparazione del danno, in modo tale da evitare premissioni risarcitorie. Se cioè il danno in parola si manifesta sotto diversi tipi di sofferenza, questi vanno tutti risarciti, tenendo però conto che ciò che si va a compensare è un danno conseguenza, come vedremo, di talché non si risarcirà la semplice lesione di un diritto fondamentale in sé e per sé considerato, ma la conseguenza sul piano della sofferenza provocata da quella stessa lesione.

²⁸³ R. PARDOLESI, *Il danno esistenziale e le Sezioni Unite: dal bipolarismo al doppio binario del danno non patrimoniale*, in AA: VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alla decisione delle Sezioni Unite 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5*, Milano, 2009. Secondo l'autore non sarebbe corretto parlare di danno atipico, in contrapposizione ad un danno tipico, perché più che al danno, l'attenzione dovrebbe essere rivolta verso gli “interessi ammessi a tutela”.

In passato non è sempre stato così, si è infatti risarcito il danno biologico assieme al danno esistenziale, tuttavia errando: se infatti il danno alla salute è un danno conseguenza, allora esso comprende anche il peggioramento della qualità della vita derivante da quella stessa lesione, che si ripercuote negativamente appunto negli aspetti dinamico relazionali. Pertanto, nel risarcire il biologico, è già compresa all'interno la sofferenza per il peggioramento della qualità della vita. Diversamente opinando si verrebbe ad una duplicazione risarcitoria. Ciò non significa cancellare la categoria del danno esistenziale, semplicemente considerarlo già insito nella liquidazione del biologico, in modo tale da non risarcirlo due volte.

Tuttavia, è parimenti necessario evitare il rischio di non integrale riparazione, tutte le volte cioè che le sofferenze sono diverse dal punto di vista cronologico e psicologico, esse vanno cumulativamente tutte risarcite. A tal fine si evidenzia come il danno biologico sia diverso dal danno morale, e ciò è confermato peraltro dalla normativa in materia di danno da uranio e da terrorismo, che espressamente li diversifica, nonché dalla stessa previsione penale in materia di stalking, *ex art. 612 bis c.p.*²⁸⁴ Pertanto lo stesso non può dirsi “compreso” nel biologico, ma deve essere valutato in termini separati.

Se allora la risarcibilità del danno non patrimoniale si giustifica non già per qualsiasi situazione giuridica soggettiva contemplata dalla Costituzione, bensì per i soli pregiudizi “inviolabili”, ci si è chiesti se il danno non patrimoniale sia tipico o atipico.

Si osserva che il danno non patrimoniale rimane tipico, la tipicità non è però più assoluta ma relativa, posto che la riserva di legge stessa è stata relativizzata, ritenendo sufficiente la copertura costituzionale del diritto leso.

Ne deriva che ai fini della tutela risarcitoria è necessaria l'ingiustizia costituzionalmente oltre che legalmente qualificata. L'art. 2 Cost. non fa un'enunciazione tassativa, ecco perché la riserva di legge è relativa, essa va riempita con l'intervento interpretativo del giudice il quale non è però creatore, ma solamente

²⁸⁴ A. LEONARDI, *Lo stalking: tra diritto penale e diritto civile - I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 51 ss., il quale approfondisce anche i rapporti tra giudizio civile e giudicato penale ai fini della risarcibilità del danno morale derivante dalla condotta di stalking. In particolare, sul punto, si veda Cass. 25 settembre 2009, n. 20684 in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 9, 1359 la quale precisa che “ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 2059 c.c., l'inesistenza di una pronuncia del giudice penale, nei termini in cui ha efficacia di giudicato nel processo civile in virtù degli art. 651 e 652 c.p.p., l'estinzione del reato e l'improponibilità o improcedibilità dell'azione penale non costituiscono impedimento all'accertamento, da parte del giudice civile, della sussistenza degli elementi costitutivi del reato”. Si veda anche P. PITTARO, *Il delitto di atti persecutori (il c.d. stalking)*, in *Fam. dir.*, 2014, 159 in senso analogo.

interprete dei diritti inviolabili, nel senso che deve desumere dalla legge quali siano i diritti fondamentali, accanto a quelli inviolabili.

Nell'opera di interpretazione sconta due limiti: il primo è dato dal fatto che i diritti inviolabili sono tali solo ove abbiano un saldo ancoraggio costituzionale, è infatti necessario, pur in presenza di una legge costituzionale puntuale, che sia chiara la riferibilità del diritto al paradigma costituzionale. Il secondo limite è invece di carattere sostanziale: deve avere dei confini e dei contenuti sufficientemente determinati e limitati.

Il problema che al riguardo si pone è quello di valutare se possano dirsi diritti fondamentali solo quelli nazionali ovvero anche quelli sovranazionali, sanciti ad esempio dalle norme della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU), posto che la stessa è richiamata dall'art. 117 co I Cost. Il problema è di notevole rilevanza poiché per la CEDU sono diritti fondamentali anche quelli che riguardano l'avere, e dunque la sfera patrimoniale dell'individuo, non solo l'essere e dunque la sfera personale. La giurisprudenza tende ad escluderlo, sull'assunto in base al quale l'art. 2 Cost. parla di diritti inviolabili della persona; sono pertanto solo quelli consustanziali all'essere. Per vero, la giurisprudenza non è sempre concorde nell'assunto, posto che in recenti approdi ha riconosciuto il diritto di proprietà come diritto fondamentale che se leso, può portare al risarcimento del danno non patrimoniale per la lesione consequenziale dei diritti cui la proprietà è preordinata a tutelare, pur in assenza di un danno biologico. Per sostenere ciò, è necessario concepire la proprietà come diritto fondamentale riconoscendo alla CEDU una portata incidente sul sistema delle fonti interne, qualificandola come parametro di legittimità costituzionale interposto.²⁸⁵

Una chiara tendenza espansiva al fenomeno risarcitorio data dall'art. 2 Cost. si ha nei rapporti sociali, in particolare per quel che concerne i rapporti affettivi con l'animale di affezione. L'art. 2 Cost. tutela l'individuo anche nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. Ci si è però chiesti se le relazioni intersoggettive, i rapporti affettivi e sociali tutelati dalla Costituzione siano solo inter "umani" ovvero anche con l'animale d'affezione. Vi è di fondo l'idea che si tutela la persona attraverso il suo rapporto con l'animale.

Per poter ammettere la risarcibilità del danno per lesione del rapporto con il proprio animale d'affezione è necessario considerare il mutamento della sensibilità

²⁸⁵ Per un'analisi più approfondita circa la risarcibilità del danno non patrimoniale pur in assenza del biologico si veda C. SERRAIOTTO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.* (online), n. 2/2016.

sociale che ha maturato un'importanza per il legame con l'animale. La persona umana, poi, non si realizza solo *inter* umani, bensì anche nel rapporto con l'animale. Ciò lo si ricava dalla legge che testimonia appunto questa mutata sensibilità sociale: la L. 169/2004 che ha disciplinato i reati verso gli animali, la L. 281/1991 che si occupa degli animali di affezione, ancora, la L. 201/2010 che ha ratificato la Convenzione di Strasburgo per la protezione degli animali d'affezione.²⁸⁶

Da queste norme si ricava che questo tipo di animali sono strumenti per la crescita dell'uomo dal punto di vista della felicità, della qualità della vita e della capacità affettiva. In passato vi era un unico reato, l'art. 727 c.p. che regolamentava come contravvenzione il maltrattamento degli animali. Oggi sono state introdotte nuove fattispecie, gli artt. 544 bis c.p. e ss. relative all'uccisione, al maltrattamento, agli spettacoli proibiti che evidenziano come il bene giuridico tutelato sia mutato: se in precedenza si tutelava l'animale d'affezione in sé come bene materiale, ora l'oggettività giuridica è data dalla pietà dell'uomo nei confronti dell'animale, si tutela l'affetto nei confronti dell'animale, la relazione affettiva uomo – animale.²⁸⁷

Si è detto però che se in campo contrattuale la tendenza restrittiva della clausola di solidarietà nel contenere i danni risarcibili, ponendo una parte di essi in capo alla vittima dell'illecito è più marcata, in campo aquiliano si sta facendo largo più timidamente. L'illecito aquiliano sconta ancora una mancata uniformità del sistema, nel senso che la clausola di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. opera talvolta allargando gli obblighi imposti in capo ai soggetti, che se violati, impongono un risarcimento del

²⁸⁶ Il danno morale da “perdita dell'animale da affezione” è oggi riconosciuto da una significativa giurisprudenza di merito, che ne ha riconosciuto la risarcibilità anche al di fuori dei casi di “danno conseguente a reato” (si veda *ex plurimis* sul punto: Tribunale Torino, 29 ottobre 2012, Tribunale Firenze, 14 giugno 2013). Si veda anche L. VIOLA, *Il danno nelle relazioni affettive con cose e animali*, in Resp. civ., 2009, n. 2 174: secondo l'A. “se, pertanto, si sottolinea che il rapporto tra bene e persona, ovvero tra animale e persona, talvolta, è idoneo ad esprimere sé stessi, ovvero fonte di sviluppo della persona stessa, allora, a rigore, dovrebbe meritare tutela giuridica, soprattutto a fronte dell'art. 2 Cost. che, diversamente opinando, verrebbe del tutto vulnerato”. In senso contrario alla risarcibilità del danno per perdita dell'animale di affezione si veda Trib. Milano, 20 luglio 2010, in *Danno e resp.*, 2010, 1068 ss., con nota di R. FOFFA, *La negazione del danno non patrimoniale per morte dell'animale d'affezione*, e Trib. Roma, 19 aprile 2010, n. 8534. Si veda anche autorevole dottrina, G. CITARELLA, P. ZIVIZ, *Il danno per la morte dell'animale d'affezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 786 e ss.

²⁸⁷ F. RESCIGNO, *I diritti degli animali – Da res a soggetti*, Torino, 2005, 180 ss., secondo l'A. «L'intervento normativo eleva dunque l'animale dalla condizione di res, mero referente di diritti altrui, e gli conferisce una nuova soggettività. L'inedita denominazione di questa tipologia di reati può forse risultare un po' macchinosa, in quanto essi vengono rubricati quali “delitti contro il sentimento per gli animali”; tale intitolazione risente ancora di una visione antropocentrica: assai più chiara sarebbe stata infatti un'intestazione esplicita: “Dei diritti degli animali”, ma la scelta effettuata è la testimonianza della volontà di non escludere comunque l'elemento del sentimento umano dalla considerazione dei delitti e dei maltrattamenti che possono essere inflitti agli animali».

danno, è il caso dell'illecito omissivo colposo, talaltra invece interviene al fine di restringere il *quantum* risarcitorio: è il caso del giudizio di bilanciamento che in taluni casi è necessario fare innanzi all'illecito aquiliano per sua natura atipico, tra la sfera del danneggiato e quella del danneggiante, al fine di comprendere quale sfera debba prevalere meritando il risarcimento e quale soccombere con conseguente obbligazione risarcitoria.

Per comprendere il fenomeno, è necessario muovere le prime considerazioni partendo dalla struttura dell'illecito aquiliano per poi indagarne la sua funzione: esso, avendo natura eminentemente *riparatoria*, esclude tutti quei risarcimenti comminati al fine di sanzionare l'autore della condotta illecita, pur in assenza di un danno cagionato.

Ecco che l'art. 2 Cost., da "catalogo aperto" sta iniziando ad assumere la connotazione di una clausola costituzionale volta a limitare tutti quei danni che, in un'ottica solidaristica, possono essere sopportati dalla vittima.²⁸⁸

Invero, si è evito dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2008 una sorta di "clausola bagatellare" grazie alla quale si dovrebbero risarcire solo i danni "sufficientemente seri" o "caratterizzati", in altre parole sarebbe necessaria la "gravità della lesione" sul piano del danno evento, e la "serietà delle conseguenze" sul piano del danno conseguenza, appunto.²⁸⁹ Ma tale assunto è privo di una base normativa, posto che esso piuttosto deriva dal combinarsi di due valori costituzionali, vale a dire il principio di solidarietà, ex art. 2 Cost., e il principio di tolleranza, che impone di accettare un'invasione della propria sfera giuridica, se essa non supera un certo limite.

²⁸⁸ La conferma sul punto si rinviene dalla celebre pronuncia delle Sezioni Unite 11 novembre 2008 n. 26972, in un suo passaggio fondamentale: "il catalogo dei casi in tal modo determinati non costituisce numero chiuso. La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla costituzione nel presente momento storico, ma in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. che apre ad un processo evolutivo deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complesso sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano non genericamente rilevanti ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana". Lo stesso s. Patti, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. Giur.*, 2009, 416, secondo il quale "il rinvio a tali diritti non può essere limitato a quelli previsti e tipizzati nelle varie norme della Costituzione che tutelano singoli interessi della persona [...] dovendosi certamente estendere ai diritti inviolabili dell'uomo previsti all'art. 2 Cost.

²⁸⁹ Sul punto, per una visione critica del problema si veda c. Salvi, *La responsabilità civile*, cit. 88 e 89, secondo il quale "la selezione degli interessi [...] conduce alla fine, pur sempre [...] alla riduzione degli illeciti a "tipi". Ed è questo ciò che in effetti fa la giurisprudenza [...] anche se quasi sempre, poi, preferisce definire l'esito del procedimento valutativo compiuto in termini di valutazione di un diritto: esito di per sé innocuo, se non portasse alla proliferazione di diritti nuovi, e talora bizzarri, laddove si tratta solo di riconoscere, sulla base della valutazione degli interessi confliggenti in una determinata fattispecie, che un determinato fatto dannoso merita la qualifica di ingiusto".

Tuttavia, si possono muovere tre critiche alla clausola in parola: in primo luogo si contraddice l'assunto di partenza, ossia quello secondo il quale i diritti fondamentali della persona sono inviolabili, se tali sono effettivamente, non si potrebbe imporre di accettarne una parte di lesione. Tale clausola è poi introdotta solo per i diritti più importanti, quelli della persona, non anche per i diritti patrimoniali, che vanno integralmente risarciti senza l'operare di un simile filtro. In una dimensione sovranazionale poi, la stessa Corte di Strasburgo e gli stessi Principi Unidroit risarciscono tutti i danni, senza che si possa diversificare in base alla gravità ed all'intensità.

Si potrebbe però osservare come mediante la stessa non si sta ponendo una "cerniera" e dunque una separazione tra danni risarcibili e non, bensì tra quelli che si possono definire danni e quelli che tali non sono al fine di distinguere quando vi è effettivamente un danno – inaccettabile - dalla semplice molestia, che va subito, pertanto tale clausola più che limitare un danno, andrebbe essa stessa a definirlo per il tramite del vaglio che impone.

Si è sostenuto infatti che in campo patrimoniale tale clausola non opererebbe proprio in quanto non vi è la necessità di determinare il danno dal semplice fastidio, in campo patrimoniale cioè sarebbe più facilmente determinabile la perdita, data dall'effettiva, concreta e misurabile perdita economica. In altre parole, non servirebbe un intervento definitorio sul concetto stesso di danno economico.

Se per un verso se l'art. 2 Cost. ha permesso l'operare di tale clausola, di fatto evitando di risarcire semplici disagi e fastidi, basti considerare il caso del tacco rotto della sposa o i semplici danni emozionali, per altro verso il principio solidaristico, che in una prima fase può ritenersi comprensibile nella selezione dei danni "effettivi", sta ad oggi operando non già per dire quali siano i danni a quali no, bensì quali sono quei danni che pur essendo tali, avendo passato il primo vaglio posto dalla clausola c.d. bagatellare, tuttavia non possono essere risarciti proprio perché solidaristicamente sopportabili in nome di altri principi e valori costituzionali che devono essere posti a bilanciamento con la tutela della salute *ex art. 32 Cost.*

Ciò è confermato dall'attuale sistema tabellare di liquidazione del danno. La questione è stata peraltro affrontata *expressis* dalla Consulta, chiamata a valutare se la limitazione del danno non patrimoniale in chiave solidaristica, possa porsi in contrasto con principi costituzionali fondamentali della nostra Carta, dando alla questione sollevata risposta negativa proprio sulla base dell'art. 2 Cost.

È allora necessario partire dai punti saldi enunciati dalle Sezioni Unite San Martino per comprendere come, da tale assunto di partenza, la giurisprudenza si sta muovendo nella liquidazione del danno non patrimoniale e quali sono stati i passi avanti (o indietro!) che si stanno facendo proprio a causa dell'operare del principio solidaristico, di cui all'art. 2 Cost., che se in un primo tempo ha certo portato all'ampliamento dei danni risarcibili, ora, per contro, sta sempre meno timidamente frenando questa tendenza espansiva del sistema, recuperandone una "restrittiva" in ragione di quella stessa solidarietà che in prima istanza aveva ampliato la tutela per la vittima dell'illecito.

3.3. *La solidarietà nel bilanciamento tra danneggiato e danneggiante ai fini della determinazione del quantum risarcitorio ex art. 2043 c.c.*

Si è accennato poc'anzi alla necessità di bilanciare la sfera del danneggiante e quella del danneggiato al fine di selezionare le condotte permeate dal requisito dell'ingiustizia.

Vi possono infatti essere casi nei quali il danno ingiusto non può essere evitato *in toto* in quanto prodotto da un'attività che l'ordinamento consente e dunque autorizza, nonostante possa arrecare pregiudizio ai consociati. Per il fatto di essere autorizzata, tale condotta non può dirsi *non iure*, nonostante la sussistenza di una lesione alla sfera giuridica altrui, produttiva per ciò di un danno *contra ius*.²⁹⁰ Sono le ipotesi di c.d. responsabilità da atto lecito dannoso che postula un giudizio di bilanciamento tra la sfera del danneggiante e quella del danneggiato. Per meglio comprendere quanto si sta dicendo è necessario premettere alcune considerazioni.

Si è detto che l'illecito civile è atipico, tanto per la condotta attiva, quanto per quella omissiva. Dalla atipicità della condotta deriva l'atipicità dell'ingiustizia. "Danno ingiusto" è infatti una clausola generale, che comporta la risarcibilità non solo dei diritti assoluti, bensì di una serie di posizioni giuridiche quali, a titolo esemplificativo, il diritto di credito, la proprietà, il possesso, l'aspettativa, la *chance*.²⁹¹

²⁹⁰ P.G. MONATERI, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, 1904 e ss.; CESARINI, SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, 149 e ss. G. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Trattato Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971, 11; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, 60 e ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1997, 4 e ss.

²⁹¹ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 400 e e ss. ma anche id. *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 04, 945 e ss.; Per una definizione di chance si veda anche Cons. Stat., sez. VI, 14 settembre 2006 n. 5323,

Ecco che il “danno *contra ius*” è un concetto elastico, dal momento che la responsabilità aquiliana è atipica sia per quanto riguarda il fatto, sia tendenzialmente atipica per quanto riguarda gli interessi tutelati. Come si è poc’anzi evidenziato, il sistema è basato su una dicotomia: il danno ingiusto, posto a carico del danneggiante che lo deve risarcire, e il danno “giusto” posto a carico del soggetto danneggiato che lo deve sopportare, *ex art. 2 Cost.* Ne deriva che non ogni lesione della sfera giuridica del danneggiato è fonte di responsabilità aquiliana fondante l’obbligo risarcitorio. È infatti necessario valutare comparativamente le due sfere, quella del danneggiante e quella del danneggiato per valutare su quale dei due soggetti ricada il danno.²⁹²

Questo problema di valutazione comparativa non si pone per taluni illeciti tipici, in relazione ai quali il bilanciamento è già stato posto in essere a monte nel momento stesso in cui il legislatore ha codificato i fatti come illeciti tipizzati, ritenendo di far prevalere la sfera giuridica del danneggiato, con conseguente obbligo di risarcire in capo al danneggiante. È il caso degli artt. 2047 e ss. c.c.

Il problema del bilanciamento tra sfere giuridiche si pone appunto quando l’illecito è atipico, in questo caso non vi è una precedente valutazione di illiceità del fatto da parte del legislatore, ma la scelta tra quale delle due sfere debba prevalere va fatta in concreto, seguendo il faro dell’art. 2 Cost., ossia la solidarietà sociale. La stessa, nella prospettiva in esame, postula la clausola di reciprocità sociale che impone al debitore di tenere in considerazione l’interesse del creditore, ma anche viceversa, di sopportare taluni danni in quanto “giusti” o comunque da tollerare.

Ecco che allora non ogni lesione di una sfera giuridica o di una posizione giuridicamente tutelata, dà luogo a responsabilità *ex art. 2043 c.c.* Per effettuare il

secondo cui “la parola *chance* deriva, etimologicamente, dall’ espressione latina *cadentia*, che sta ad indicare il cadere dei dadi, e significa “buona probabilità di riuscita”. Si tratta, dunque, di una situazione, teleologicamente orientata verso il conseguimento di un’ utilità o di un vantaggio e caratterizzata da una possibilità di successo presumibilmente non priva di consistenza”.

²⁹² Si veda un interessante spunto critico R. DUCATO, *La lesione della privacy di fronte alla "soglia di risarcibilità": la nuova Maginot del danno non patrimoniale?* in *Giustiziacivile.com*, 30 aprile 2015, secondo l’A. “La Cassazione giustifica l’innalzamento di tale “soglia di risarcibilità” con motivazioni che spaziano dall’economia processuale alla politica del diritto, ma l’argomento principe è costituito dal richiamo al principio di solidarietà. Esso, insieme al suo corollario, ossia il principio di tolleranza, e al suo complementare, il principio di eguaglianza, rappresenta il punto di equilibrio che consente all’ordinamento costituzionale-democratico di tutelare in maniera sostenibile il diritto del singolo all’interno di una comunità, contemperando le posizioni idiosincratiche e gli interessi della società in generale. La soglia di risarcibilità, pertanto, altro non sarebbe che il riflesso in materia aquiliana della soglia di tollerabilità che s’impone nella convivenza civile”. Si tratta di un commento a Cass. sez. III, 15 luglio 2014, n. 16133.

giudizio dinamico comparativo soccorrono alcuni criteri al fine di valutare se prevalga la sfera del danneggiato o quella del danneggiante.

Uno dei criteri è la rilevanza costituzionale dell'interesse leso. È chiaro che se l'interesse leso è costituzionalmente tutelato è più difficile che soccomba.

Un altro criterio è l'utilità sociale della condotta posta in essere, in tal caso il principio solidaristico porta il danneggiante che trae profitto dall'attività rischiosa svolta a sopportare parte del danno che la vittima subisce, indennizzandola.

Allo stesso modo, proprio alla luce dell'utilità sociale della condotta posta in essere, autorizzata proprio per questo, la vittima sopporterà parte del danno, essendo esclusa una piena risarcibilità dello stesso, dal momento che si tratta di attività lecita ma dannosa. Anche l'esistenza di una norma autorizzativa della condotta, seppur causativa di danno, può portare la prevalenza della sfera del danneggiante con conseguente obbligo di *patis* per il danneggiato. In tal caso è però necessario che l'esercizio del diritto non sia abusivo ossia non sia teso a realizzare un interesse sostanzialmente incompatibile con quello posto alla base del diritto stesso. Vi è alla base dell'assunto un'interpretazione evolutiva dell'art. 833 c.c. sugli atti emulativi: ogni diritto ha un limite intrinseco dato dallo scopo per il quale è attribuito. Si tratta di una costituzionalizzazione del canone della solidarietà e della buona fede.²⁹³

In via generale, il principio solidaristico impone di porre alla base del bilanciamento tra opposte sfere giuridiche criteri diversi a seconda che si valuti la sfera del danneggiato ovvero quella del danneggiante. Nel primo caso si ha riguardo alla gravità della lesione: più è grave la lesione, più ci si avvicina all'ingiustizia del danno con conseguente obbligo risarcitorio. Oppure si valuta la sussistenza di uno strumento di tutela accordato al danneggiato: in questo caso l'ordinamento ha deciso di far prevalere la sua sfera giuridica, accordandogli appunto uno strumento di tutela. Nel caso invece in cui si valuti la sfera del danneggiante il criterio da seguire è la soggettività. Ossia, se il danneggiante è un soggetto che agisce professionalmente allora il danno è posto a suo carico. Si valuta altresì l'elemento soggettivo: tanto più è doloso il fatto, tanto più probabilmente le conseguenze saranno poste a suo carico.

²⁹³ R. PARDOLESI, (nota di) *Atti emulativi e norme decorative*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 842; sul punto si veda anche M. COSTANZA, *Art. 833 – Atti d'emulazione*, in *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari*, a cura di F. PREITE e M. DI FABIO, Torino, 2015, 520; F. MACARIO, *Art. 833 – Atti d'emulazione*, in *Della proprietà. Artt. 810-868*, a cura di A. JANNARELLI e F. MACARIO, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, 396 e ss.; A. GAMBARO, *Emulazione*, in *Digesto disc. priv. – Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 442 e ss.

La solidarietà entra in gioco dunque quando si tratta di bilanciare due sfere giuridiche, quella del danneggiante, e quella del danneggiato, ed in particolare i diritti ad essa riconducibili - tutti meritevoli di tutela - in fase di quantificazione del ristoro economico accordato alla vittima della condotta, in questo caso *iure*.

Questa esigenza viene in gioco nelle ipotesi di responsabilità da atto lecito dannoso. Ossia in ipotesi nelle quali l'ordinamento non configura come *non iure* la condotta posta in essere dal danneggiante, purtuttavia considera che vi è, per effetto della stessa, un danno *contra ius* che il danneggiato subisce e che in quanto tale deve poter trovare ristoro. Tale ristoro non è però quantificato in via integrale, come avviene nell'ottica risarcitoria, bensì trova parziale compensazione, nella tipica ottica indennitaria. In tali casi non si pone l'alternativa tra il far prevalere la sfera del danneggiato ovvero quella del danneggiante, in quanto nessuna delle due può risultare completamente soccombente, come invece avviene per le ipotesi di responsabilità *ex art. 2043 c.c.*, in relazione alla quale il danneggiato vede risarcito il danno subito per effetto di una condotta *non iure*.²⁹⁴

Questa forma di responsabilità è tipica, vale a dire espressamente prevista ed operante nelle sole ipotesi individuate dal legislatore, in quanto derogatoria rispetto alla responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* e alla responsabilità *ex art. 2043 c.c.* nel senso che in assenza della norma autorizzativa della condotta che importa una responsabilità da atto lecito, quella stessa condotta dovrebbe essere sussunta nel concetto di inadempimento *ex art. 1218 c.c.* ovvero in quello di "fatto illecito" *ex art. 2043 c.c.*

²⁹⁴ Per un approfondimento sul concetto stesso di ingiustizia si veda M. FRANZONI, *L'Illecito*, in *Trattato della Responsabilità civile*, II Ed. Milano, 2010, 807 e ss.; secondo l'A. "il concetto giuridico di danno non è la mera trasposizione della nozione economica del pregiudizio. Se così non fosse, non sarebbe facilmente dimostrabile l'assunto, costantemente ripetuto nella manualistica, secondo il quale non tutte le perdite economiche apprezzabili si traducono in un danno giuridico". Sul punto si veda anche P. CENDON, *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2001, secondo il quale la nozione di ingiustizia ha rappresentato nel tempo il vero "nodo Gordiano" dello sforzo ermeneutico teso alla esatta delimitazione dell'area del danno risarcibile. R. SACCO, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1420 e ss. secondo l'A. l'aggettivo "ingiusto" si rivelerebbe inadeguato caratterizzato da una connotazione quasi filosofica, che, in quanto tale, non può che essere incerta in termini tecnico - giuridici.; P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 e ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, III ed., Padova, 2005, 38 e ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 1998, 567 e ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, *Attuazione e tutela dei diritti*, IV, *La responsabilità e il danno*, III, Milano, 2009, 137 e ss., secondo l'A. il "danno ingiusto, unica innovazione testuale dell' art. 2043 c.c. rispetto alla precedente norma del Codice del 1865 (art. 1161) è l'elemento trainante della progressiva evoluzione dell'illecito civile da una prospettiva sanzionatoria e tipizzante ad una dimensione atipica e funzionalmente complessa, dominata dalla logica compensativa".

Nell'ipotesi di attività lecita ma dannosa, non si può parlare di danno ingiusto, bensì di “fatto dannoso”, ciò è confermato dallo stesso art. 2045 c.c. che nel disciplinare lo stato di necessità, accorda una tutela indennitaria alla vittima.²⁹⁵ Pur essendo infatti un danno *contra ius*, deriva da una condotta *iure* in quanto espressamente autorizzata dall'ordinamento giuridico. L'ordinamento infatti, in queste circostanze sceglie di far prevalere in via momentanea ed iniziale la sfera del danneggiante, accordandogli la possibilità di tenere la condotta, seppur dannosa, e in un secondo momento recupera la tutela del danneggiato accordandogli un indennizzo.

È evidente allora come la solidarietà operi bi - direzionalmente anche in questo caso: la stessa da un lato permette al danneggiante di compiere quell'attività, ma allo stesso tempo gli impone un sacrificio nel sostenere l'indennizzo, dall'altro tutela la vittima della condotta, seppur *iure*, prevedendo appunto che sopporti una parte di danno, parzialmente però sollevandola da esso mediante la corresponsione di un indennizzo. Ecco che allora tale forma di responsabilità non ha né una funzione sanzionatoria, né riparatoria in senso stretto, bensì ha una funzione indennitaria nella prospettiva riequilibrativa ed equitativa.²⁹⁶ L'ordinamento in tali casi si rende infatti conto che non può vietare la condotta, e pertanto espressamente la autorizza, ma nello stesso tempo non può disinteressarsi delle ripercussioni negative che essa genera nella sfera del danneggiato.

Analizzando da vicino le ipotesi tipiche di responsabilità da atto lecito dannoso, ci si accorge del fatto che tutte sono “permeate” da una prospettiva solidaristica. Si consideri lo scambio di proposta e accettazione: è consentito al proponente revocare la proposta prima dell'accettazione, tuttavia se in buona fede il destinatario ne ha intrapreso nel frattempo l'esecuzione, questi deve essere indennizzato. È chiaro che se non vi fosse l'espressa possibilità - accordata dal legislatore - di poter revocare ciò nonostante la proposta, la revoca verrebbe ad essere qualificata inadempimento.

²⁹⁵ Sul punto si veda autorevole dottrina, L. NONNE, *Contributo ad una rilettura dell'art. 2045 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2017, 435-483

²⁹⁶ Sul punto, per una prospettiva critica si veda G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma- Bari, 2003, 291: “Distribuzione dei rischi e allocazione dei costi sono esito di un processo culturale che...si apre a una prospettiva per così dire “sociale” o collettiva, fermo il fatto che preoccupazione del legislatore non è più (soltanto) quella di individuare il responsabile e di stabilire a quali condizioni questi è obbligato a riparare il danno, ma diventa (anche) quella di istituire criteri di riparazione dei rischi che consentano, al tempo stesso, di assicurare la più ampia tutela dei danneggiati e di distribuire le perdite nel mondo economico. Il problema del danno, nei suoi riflessi economici, diviene così un problema di carattere sociale, e si tende perciò a studiare il modo di contenere anche gli effetti indotti sul piano dei costi sopportati dalla collettività”.

Ancora, l'art. 1671 c.c. prevede la possibilità di recedere dal contratto di appalto. Una volta stipulato il contratto, la parte potrebbe liberarsi per mutuo dissenso, non già sciogliersi unilateralmente del vincolo. Tuttavia il legislatore lo permette, attraverso questa norma, impedendo di considerare quale "inadempimento" la condotta e tutelando la parte che subisce il recesso attraverso un indennizzo. Lo stesso dicasi per il recesso unilaterale dal contratto d'opera, ex art. 2227 c.c. la norma autorizzativa impedisce di qualificare la condotta ai sensi dell'art. 1218 c.c., accordandone però un indennizzo.

Spostandoci nel campo della responsabilità extracontrattuale, si consideri l'ipotesi di cui all'art. 2045 c.c., ossia lo stato di necessità.²⁹⁷ La norma postula un obbligo indennitario per il soggetto che abbia cagionato un danno *contra ius* ove costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona. Ove non vi fosse la norma autorizzativa della condotta, la stessa sarebbe da ricondurre all'art. 2043 c.c. con conseguente obbligo risarcitorio integrale anziché solo indennitario.

Anche nel campo del diritto amministrativo sono numerose le ipotesi di responsabilità da atto lecito dannoso, basti considerare l'espropriazione per pubblica utilità: in tale ipotesi il legislatore consente l'espropriazione, e dunque l'ablazione del diritto di proprietà, a fronte però di un indennizzo, ove questa sia fatta però "nella buona e dovuta forma". O ancora si consideri la possibilità accordata alla p.a. di recedere dagli accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento amministrativo, ex art. 11 L. 241/1990.²⁹⁸ Ciò configura un recesso unilaterale da un accordo bilaterale e

²⁹⁷ Per un approfondimento sul punto si veda L. NONNE, *Lo stato di necessità privatistico nel pensiero di Salvatore Piras (contributo ad una rilettura dell'art. 2045 c.c.)*, in *Archivio storico giuridico sardo di Sassari*, vol. XX, 2015, 1-18.

²⁹⁸ L' art. 11. (Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento) statuisce: 1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. (comma così modificato dall'art. 7, comma 1, lettera a), legge n. 15 del 2005). 1-bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati. (comma introdotto dall'art. 3-quinquies della legge n. 273 del 1995). 2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3. (comma così modificato dall'art. 1, comma 47, legge n. 190 del 2012). 3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi. 4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato. 4-bis. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica

costituirebbe inadempimento se non vi fosse la norma autorizzatoria, la quale accorda al privato, che aveva riposto legittimo affidamento nella stabilità dell'accordo, una tutela indennitaria.

Si pensi altresì alla revoca del provvedimento amministrativo *ex art. 21 quinquies* L. 241/1990.²⁹⁹ La p.a. in questo caso, dopo avere adottato un provvedimento, per sopravvenuti motivi di interesse pubblico lo revoca, ledendo l'affidamento del privato, il quale potrà beneficiare sì di un indennizzo, ma dovrà sopportare d'altro canto la revoca del provvedimento favorevole, rinunciando alle utilità ad esso conseguenti.

Un'ipotesi davvero emblematica della responsabilità da atto lecito dannoso riguarda le ipotesi di immissioni, disciplinate all'art. 844 c.c. Qui l'operare della solidarietà sociale, *ex art. 2 Cost.*, si fa nitido nell'imporre, proprio in un'ottica solidaristica, di tollerare le immissioni, ove queste siano "tollerabili", salvo la corresponsione di un indennizzo per il sacrificio patito, ove queste diventino "relativamente intollerabili", a fronte del permesso di svolgere l'attività produttiva di immissioni, parimenti tutelata rispetto alla salute o al diritto alla quiete o al riposo o alla salubrità dell'aria. Ove però le immissioni siano "assolutamente intollerabili",

amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento. (comma introdotto dall'art. 7, comma 1, lettera b), legge n. 15 del 2005). 5. (comma abrogato dall'Allegato 4, articolo 4, del d.lgs. n. 104 del 2010).

²⁹⁹ A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di scia, silenzio – assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 17/2015; F. FRANCIARIO, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione, in L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. CONTIERI, F. FRANCIARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO, Napoli, 2010, II, 107 e ss. Si veda anche A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 206 e ss; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 79 e ss. L'art. 21 quinquies L. 241/1990 così statuisce: (Revoca del provvedimento) 1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. (comma modificato dall'Allegato 4, articolo 4, del d.lgs. n. 104 del 2010, poi così modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-ter), legge n. 164 del 2014). 1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico. (comma aggiunto dall'art. 12, comma 4, del decreto-legge n. 7 del 2007, soppresso dalla legge di conversione n. 40 del 2007, reintrodotta dall'art. 13, comma 8-duodevicies dello stesso decreto-legge n. 7 del 2007, aggiunto dalla citata legge di conversione n. 40 del 2007. 1-ter. (comma, identico al comma 1-bis, aggiunto dall'art. 12, comma 1-bis, legge n. 133 del 2008, poi abrogato dall'allegato A alla legge n. 35 del 2012).

l'ordinamento non pone a carico del danneggiato alcun obbligo solidaristico, ed anzi le vieta *in toto*, accordandone una tutela risarcitoria piena conseguente ad un vero e proprio fatto illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., in luogo della semplice tutela indennitaria.

Per meglio comprendere la portata dell'art. 2 Cost., a proposito di immissioni, si analizzerà nel prosieguo un caso recentemente affrontato dalla Cassazione, che ha visto la solidarietà operare come vero e proprio controlimite rispetto alla libertà di iniziativa economica, tutelata costituzionalmente all'art. 41. E ciò, non già per tutelare la salute, bensì il diritto alla quiete ed al riposo, prescindendo dalla sussistenza di un danno biologico.

3.4. Il risarcimento del danno non patrimoniale in ambito contrattuale.

Il danno non patrimoniale è risarcibile sia in campo extracontrattuale, per violazione dell'art. 2043 c.c., ma anche in campo contrattuale, come violazione di un'obbligazione precedentemente assunta.³⁰⁰ Ciò sull'assunto in base al quale la stessa può cagionare tanto un danno patrimoniale quanto un danno non patrimoniale. La violazione del danno patrimoniale è tutelata mediante la responsabilità patrimoniale del debitore, il quale, *ex art. 2740 c.c. delle obbligazioni assunte* risponde con tutti i suoi beni, presenti e futuri.

La responsabilità per il danno non patrimoniale discende dalla violazione dell'art. 2059 c.c. Terreno emblematico di tale fattispecie è la responsabilità medica la quale può appunto portare, per violazione delle *leges artis* del medico, alla configurazione di un danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale. Per vero non è sempre stato così, posto che un intervento chiarificatore volto a superare le precedenti critiche mosse dalla dottrina si è avuto solo con le note sentenze San Martino, che ne hanno definitivamente consacrato la sua risarcibilità.

Le principali critiche al riguardo erano due: in primo luogo l'art. 2059 c.c. non è richiamato in campo contrattuale, ed essendo essa stessa la norma che fonda il risarcimento del danno non patrimoniale, dovrebbe portare a concludere per la sua inconfigurabilità ove non espressamente richiamato, stante la sua, seppur temperata, tipicità. In secondo luogo, si è osservato che l'art. 1223 c.c. essendo formulato in

³⁰⁰ Favorevoli al risarcimento del danno non patrimoniale in campo contrattuale già prima dell'intervento delle Sezioni Unite M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 530; G. PONZANELLI (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 141 ss.

termini economici, ossia facendo riferimento al “danno emergente” ed al “lucro cessante”, mal si concilia con un danno non patrimoniale.³⁰¹

Invero entrambe le critiche sono state superate. Quanto alla prima si osserva che l’art. 2059 c.c. non è una norma “legittimante” il danno non patrimoniale bensì una norma limitativa della sua portata. Ciò significa che ove essa manca, come in campo contrattuale, il risarcimento del danno non patrimoniale può darsi, per di più senza le limitazioni che essa pone. Pertanto, il fatto che essa manchi nel campo contrattuale depone per una possibilità di risarcimento più ampia, essendo appunto tale norma solo limitatrice, non già legittimante tale tipologia di danno contrattuale. Inoltre, la stessa non fa in alcun modo riferimento alla possibilità di circoscrivere tale tipo di danno al solo ambito extracontrattuale, lasciando dunque libero l’interprete di ritenerlo ammissibile anche in campo contrattuale.³⁰²

Quanto alla seconda critica si osserva che è necessario svolgere una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 1223 c.c., sulla base appunto dell’art. 2 Cost., e dunque del principio di solidarietà sociale, il quale, ancora una volta, porta ad ampliare il danno risarcibile, ammettendo appunto di poter riconoscere il ristoro del danno non patrimoniale in campo contrattuale. Tra le perdite subite ed i mancati guadagni vi devono poter confluire anche aspetti non patrimoniali, non solo patrimoniali. Si deve cioè intendere il patrimonio come un insieme di situazioni soggettive non soltanto economiche. Del resto, diversamente opinando, si avrebbe il paradosso che il danneggiato dovrebbe agire a titolo contrattuale per i danni patrimoniali e a titolo extracontrattuale per quelli non patrimoniali, con conseguente sicura violazione del principio di economia processuale.

Inoltre, l’art. 1174 c.c. non si limita a far riferimento alla prestazione economicamente valutabile, quale oggetto dell’obbligazione, bensì richiama altresì l’interesse anche non patrimoniale del creditore, il quale, una volta protetto esplicitamente dall’ordinamento, qualora venga ad essere frustrato non può che dover trovare anch’esso ristoro.

³⁰¹ Come osserva autorevole dottrina, “l’unica via attraverso la quale è possibile, sensatamente, postulare la contrattualità di un danno non patrimoniale, è quella che contempla la presenza, all’interno del rapporto obbligatorio, di obblighi di protezione [...] preordinati alla tutela di [...] interessi di protezione distinti anche se *in executivis* collegati all’obbligo primario di prestazione”. Sul punto si veda L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 491 e ss.

³⁰² Sono numerosi i contributi della dottrina che estendono la risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di inadempimento contrattuale. In particolare, sul punto si veda autorevole dottrina, G. CITARELLA, *Danno non patrimoniale e contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 434 e ss. Ma anche M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 90 e ss.

Ma ciò che viene da chiedersi è se il fatto che in campo extracontrattuale operi la norma di cui all'art. 2059 c.c., che è appunto una norma limitativa dei confini di tale danno, porta ad una restrizione del risarcimento del danno che invece non opera in campo contrattuale, mancando appunto la stessa disposizione normativa. In altre parole, si tratta di chiedersi se in campo contrattuale i danni non patrimoniali vengano risarciti di più rispetto all'ambito extracontrattuale. Se infatti opera l'art. 2059 c.c. in quest'ultimo settore, si è avuto modo di vedere che ai fini del riconoscimento di siffatto pregiudizio non patrimoniale, abbisogna della sussistenza di un reato, della violazione di una legge ulteriore rispetto a quella che prevede il reato, nonché della lesione di un diritto fondamentale della persona, *ex art. 2 Cost.*

In prima battuta sembra dunque potersi dire che in campo contrattuale il danno non patrimoniale viene risarcito con maggiore ampiezza rispetto all'ambito extracontrattuale, poiché esso si estende, oltre ai casi previsti dalla legge, dal reato e dalle norme costituzionali immediatamente precettive, anche a quelle ipotesi in cui l'inadempimento incide negativamente sul perseguimento di uno scopo avente natura non economica, per quanto non riconducibile al novero dei diritti fondamentali della persona.

Si osserva però che, poiché in campo contrattuale manca la previsione limitativa di cui all'art. 2059 c.c., il danno non patrimoniale è per definizione "atipico", a differenza dell'ambito extracontrattuale dove la tipizzazione è fatta dalla stessa previsione normativa di cui all'art. 2059 c.c. che importa il vaglio di cui all'art. 2 Cost. Quest'ultima si è visto funge in prima battuta da clausola di "relativa apertura" e, successivamente, da clausola al tempo stesso limitativa per l'operare della clausola bagatellare. In campo contrattuale gli interessi meritevoli di tutela, anche non patrimoniali, sono determinati dall'autonomia privata, attraverso la teoria della causa in concreto, la quale può porre, quale oggetto della prestazione contrattuale, l'esigenza di soddisfare un interesse anche non patrimoniale del creditore.

La causa in concreto postula di tenere in considerazione i concreti interessi che le parti perseguono a prescindere dal tipo legale utilizzato.³⁰³ Essa non si identifica quindi

³⁰³ G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, V, I, Torino, 1990, 484, il quale definisce la causa una "definizione magica", G. ALPA *ibidem*: *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, 1 e ss. Si è partiti da una causa come "funzione economico sociale del contratto" secondo la nota teoria di E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1957, 32 ss.; Secondo il quale il problema della causa è il problema del perché il negozio esiste, ovvero il problema della sua ragione di esistenza, per arrivare alla causa intesa come la ragione pratica dell'affare, secondo la nota teoria di G.B. FERRI, *Tradizione e novità*

con la funzione economico sociale del contratto, bensì con la funzione economico individuale dello stesso, potendo le parti per mezzo di questo anche perseguire interessi egoistici, purché meritevoli di tutela per l'ordinamento.

Di talché, per effetto della teoria della causa in concreto, gli interessi da tutelare sembrano essere fissati *in toto* dalle parti, anziché dalla legge. Sembrerebbe potersi dunque dire che, qualora le parti volessero soddisfare mediante il contratto la tutela di un interesse non patrimoniale, ancorché non fondamentale, una volta dedotto all'interno dell'obbligazione contrattuale, in caso di sua frustrazione, non potrebbe non portare al risarcimento del relativo interesse non patrimoniale. Tuttavia, se è certamente vero che in campo contrattuale non opera la limitazione dell'art. 2059 c.c., parimenti non si può ritenere che la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale si risolva in un risarcimento *ad libitum*. Al posto infatti della riserva di legge relativa, data dal catalogo semiaperto dell'art. 2 Cost., si impone di vagliare se l'inadempimento ha leso l'interesse non patrimoniale, sotteso alla causa in concreto, cui il contratto era preordinato a realizzare.³⁰⁴ A tal fine, affinché l'interesse assurga effettivamente al rango di causa in concreto, e non si risolva in un mero motivo (come tale individuale e non risarcibile ove

nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942), in *Riv. dir. comm.*, I, 1986; G.B. FERRI, *Causa e tipo del negozio giuridico*, Milano, 1965; per un ulteriore approfondimento si veda anche M. BARCELLONA, *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, 564, il quale così si esprime sul punto riferendosi al pensiero di Betti e Pugliatti: "Il paradigma utilizzato da entrambi questi illustri autori (ma non solo da loro) era, dunque, quello che supponeva, rispettivamente, che il potere di autonomia fosse concesso dall'ordinamento ai privati in funzione del ricambio organico della società e delle prassi negoziali che la sua evoluzione vi faceva via via maturare, e, solo in dipendenza di questo, in ragione dell'efficacia "sociale" del suo esercizio ovvero che la funzione giuridica del contratto e degli schemi tipici in cui essa veniva articolata dal Legislatore fosse preordinata al conseguimento di risultati altrettanto tipici e, più esattamente, alla realizzazione delle operazioni economiche che i loro "effetti legali" lasciavano prefigurare". Per un approfondimento sulla tematica della causa del contratto e la sua evoluzione si vadano i seguenti autori: C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, Vol. 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 425 ss.; *ib.* C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, Vol. 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 420 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 808; S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, ora in *Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, 76. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir.civ. e comm.*, Milano, 1973, 111; F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1994, 231; SANTORO PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, 172.

³⁰⁴ Per una specificazione critica della problematica, si veda L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale*, cit., 482 e ss., il quale acutamente osserva che "al fine di dare una radice contrattuale al danno verificatosi in occasione dell'inadempimento, bisognerà postulare l'esistenza di un ulteriore obbligo, che si affianca a quello di prestare l'utilità idonea a soddisfare l'interesse primario del creditore, e strumentale alla tutela dell'interesse, per così dire, secondario del medesimo creditore alla conservazione dell'integrità della propria persona e del proprio patrimonio. In definitiva, la contrattualizzazione del danno in discorso, esige che il bene della vita, altrimenti presidiato dagli artt. 2043 e 2059 c.c., nella sua proiezione di diritto soggettivo o, quantomeno, di interesse giuridicamente protetto, si spogli di questi panni e vesta quelli di un interesse presidiato mediante l'imposizione al debitore di un obbligo, a sua volta fronteggiato da una pretesa a contenuto negativo [...]".

frustrato) deve essere obiettivizzato all'interno del contratto, in modo tale che l'altro contraente sia a conoscenza di tale interesse da tutelare, altrimenti opinando potrebbe sottrarsi dal risarcimento per l'operare stesso della norma di cui all'art. 1225 c.c., posto che si risolverebbe in una frustrazione "imprevedibile" al momento dell'assunzione del vincolo obbligatorio, ed in quanto tale irrisarcibile.

In secondo luogo l'inadempimento deve poi ledere un diritto costituzionalmente tutelato, *ex art. 2 Cost.*, in combinato disposto non già con il 2059 c.c., bensì con l'art. 1218 c.c., il quale postula anche in questo caso un vaglio circa la "rilevanza" dell'interesse leso, quasi a dire che, implicitamente, la clausola bagatellare opera in ogni caso al momento del risarcimento del danno non patrimoniale, sia esso derivante da un illecito extracontrattuale, sia esso conseguente ad un inadempimento.

Si consideri poi che lo stesso art. 1322 co II c.c. nel menzionare espressamente il concetto di interesse lo qualifica espressamente come "meritevole", pertanto ad essere tutelato e dunque protetto dall'ordinamento non può essere qualsiasi interesse, anche capriccioso dell'individuo, bensì un interesse che abbia il crisma della "meritevolezza". Dunque, a ben vedere, "rilevanza" e "meritevolezza" fungono entrambi da filtro nel selezionare i danni non patrimoniali risarcibili in campo contrattuale, si da arginarne anche in questo campo la risposta sanzionatoria. Di conseguenza dovranno essere rigettate *ex post* dal giudice istanze prive di una sostanziale utilità per chi le fa valere, in altri termini "capricciose", esattamente come esse vengono rigettate in campo aquiliano, non potendo le stesse superare il vaglio posto dalla clausola bagatellarea. Del pari, potranno invece trovare tutela situazioni anche prive di adeguata copertura legislativa ma contraddistinte da interessi reali e significativi, come accade in materia di danno non patrimoniale all'ambiente, ove una tutela del tutto sbilanciata verso lo Stato non può essere di ostacolo all'integrale risarcimento dell'individuo.

Del resto, la dimensione dell'interesse meritevole al fine della risarcibilità del danno, ove leso, è avvallata anche dalla dimensione sovranazionale, in particolare dai principi europei elaborati in tema di responsabilità civile dal Centro Europeo di diritto della responsabilità civile e delle assicurazioni (ECTIL) e dal *Draft Common Frame of Reference* che richiamano proprio i concetti di "interesse protetto, o degno di protezione giuridica".

Di fatto tali principi impongono un vaglio, esattamente come lo impone la clausola bagatellare, alla risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali per la lesione dell'interesse leso dalla condotta inadempitiva. In particolare, i PETL condizionano

l'ambito di protezione di un interesse alla sua natura: maggiore è la sua rilevanza, maggiore è la sua protezione in termini risarcitori. Differente è il modello adottato dal DCFR che, pur non predisponendo una gradazione di intensità nella protezione degli interessi, ne ammette la loro tutela solo una volta che si sia verificato il loro carattere di "serietà e significatività", ossia dopo che essi abbiano superato positivamente la soglia dell' "*annoyance, anger, disgust, and repulsion which lie within the spectrum of normal, everyday feelings*"³⁰⁵, limiti che segnano una separazione tra danni risarcibili e danni invece che devono essere anche in campo contrattuale solidaristicamente tollerati, posto che non sono assistiti da un interesse significativo al loro risarcimento.

Per finire, il danno, pur essendo atipico, deve comunque potersi dire causale rispetto all'inadempimento, con la conseguenza che anche in questo caso opereranno i criteri di selezione normativa del danno risarcibile, a prescindere da quello che è stato il danno storico, stante lo scarto, come visto, tra quest'ultimo ed il danno "giuridico", il solo ad essere risarcibile stante il perimetro limitativo delle previsioni di cui agli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c. In altre parole, il problema che si pone nel vaglio circa la risarcibilità di tale pregiudizio non patrimoniale è quello di capire se sul piano della causalità, la sofferenza derivante dall'inadempimento è prevedibile ed evitabile, ovvero sia anomala, perché in questo caso, ai sensi dell'art. 1223 c.c. nonché dell'art. 1225 c.c., essa non può dirsi risarcibile.

In particolare, dapprima l'art. 1223 c.c. selezionando dal punto causale le condotte che cagionano un danno immediato e diretto, ovvero mediato e indiretto ma "normale conseguenza", poi l'art. 1225 c.c. che circoscrive, al di fuori delle ipotesi di dolo, la risarcibilità del solo danno prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione, vanno in qualche modo ad aggiungersi, quali filtri, ai fini dell'individuazione e della perimetrazione di quello che è il danno giuridico. Questo si differenzia notevolmente, come visto, dal danno storico. Infine, lo stesso art. 1227 c.c. si pone quale ulteriore vaglio di rilevanza dell'interesse leso, escludendo la risarcibilità di quei danni che solidaristicamente e secondo il canone della buona fede, avrebbero potuto essere evitati diligentemente dal soggetto danneggiato. In altre parole, tale norma sembra ribadire che il danno evitabile è irrisarcibile non tanto perché non è causale, avendo la condotta

³⁰⁵ Il DCFR espressamente prevede all'art. VI-6.102 una clausola bagatellare che impedisce di risarcire quei pregiudizi che non superando la soglia della tollerabilità, devono essere appunto tollerati. Esso si limita a proporre un elenco non tassativo di danni senza effettuare alcun tipo di scelta o gradazione del tipo di interesse leso, ammettendo come unico limite al risarcimento del danno non patrimoniale la serietà dell'interesse leso dalla condotta inadempitiva.

negligente del danneggiato interrotto quella causativa del danno instaurata dal danneggiante, ma piuttosto ne esclude il ristoro per colui che abbia violato il dovere di diligenza, facendo così degradare il suo interesse da serio a futile.

A ben vedere dunque non si può dire che in campo contrattuale, per effetto dell'assenza della norma limitativa di cui all'art. 2059 c.c. il risarcimento del danno non patrimoniale sia totalmente atipico, posto che comunque, nonostante lo strumento per dare rilevanza a tali interessi di carattere non patrimoniale non sia una previsione tipica bensì l'autonomia contrattuale, ossia la causa in concreto, in tutti i casi si pone la stessa necessità di vagliare e limitare, in termini solidaristici, la possibilità di risarcire tali pregiudizi, *ex art. 2 Cost.*

Si consideri peraltro altresì che dall'entità del danno così determinata andranno altresì decurtati gli effetti vantaggiosi di cui il creditore abbia beneficiato in conseguenza della condotta lesiva, per effetto dell'operare della c.d. *compensatio lucri cum damno*, conformemente alla funzione riparatoria della responsabilità civile.

Si consideri poi che in campo contrattuale il principio di buona fede, per effetto dell'evoluzione giurisprudenziale avutasi, non funge più solo da parametro di valutazione delle condotte, bensì anche da vera e propria fonte integrativa del contratto. Essa è tale per cui il creditore (non solo il debitore) è tenuto ad un comportamento solidaristicamente collaborativo al fine di evitare conseguenze dell'inadempimento che sarebbero evitabili, o, in taluni casi, proprio al fine di evitare l'inadempimento, sopportando anche modifiche contrattuali "tollerabili" al fine di mettere il debitore nelle condizioni di poter adempiere.

Lo sviluppo avutosi a proposito della buona fede ne conferma la sua tensione solidaristica. La stessa in un primo momento era concepita semplicemente come criterio di valutazione delle condotte, non era fonte di integrazione dell'obbligazione. In una seconda fase la buona fede è anche fonte di integrazione del contratto nel senso che impone anche obblighi ulteriori rispetto a quelli contrattualmente previsti al fine di salvaguardare l'interesse di controparte, è dunque fonte integrativa cogente e suppletiva.

In una terza fase la portata espansiva della buona fede si traduce nell'imporre obblighi ulteriori a quelli contrattualmente assunti per salvaguardare non solo l'interesse di controparte ma altresì interessi di soggetti diversi, in relazione di *proximity* con il contraente. Nascono gli obblighi di protezione derivanti direttamente dalla legge, accanto a quelli di prestazione discendenti dal vincolo obbligatorio.

Nell'ultima e più recente fase la buona fede assume una connotazione bilaterale, nel senso che incombe sia sul debitore che sul creditore. Essa consiste nel non esigere una prestazione divenuta inesigibile, nell'obbligo di ricevere la prestazione, nell'obbligo di accettare modifiche, di non concedere abusivamente il credito. Si evince allora come la clausola di buona fede sia il risvolto concreto dell'obbligo di solidarietà sancito all'art. 2 Cost. inteso quale obbligo, appunto, di non esercitare egoisticamente il proprio diritto, ma di considerare le ragioni di controparte.

Non esistono infatti diritti illimitati, anche quelli apparentemente senza limiti devono essere esercitati in modo corretto. Esercitare un diritto in modo corretto significa esercitarlo in modo *solidale*, salvo il limite del sacrificio non eccessivo. Ciò impone la c.d. "reciprocità sociale" ossia il dovere di tenere in considerazione l'interesse di controparte nell'esercitare il proprio diritto, il ché non può avvenire in modo egoistico ma vi deve essere proporzione tra l'interesse conseguito e il sacrificio patito. Ciò si riversa, qualora venga violato, in una decurtazione, se non eliminazione, del danno risarcibile, o di almeno una sua parte.

Invero, il quesito centrale al riguardo è se un comportamento omissivo, quale quello del creditore che non coopera per permettere al debitore di adempiere, al di fuori dei presupposti della mora, possa considerarsi un fatto generatore di responsabilità contrattuale, data la sussistenza del vincolo obbligatorio tra le parti, ovvero extracontrattuale in assenza di esso, e ciò possa incidere sul conseguente risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale eventualmente patito. Il fatto omissivo rileva, com'è noto, in ambito penale, ai sensi dell'art. 40 co II c.p., sempre che sussista una posizione di garanzia in capo al soggetto attivo. Si osserva però che anche in campo civile rileva non solo il comportamento positivamente volto a nuocere, ma altresì la condotta omissiva, come nel caso di specie, data la mancata cooperazione del creditore, *ex art. 1227 c.c. appunto.*

Tale comportamento attivo trova la propria base giuridica nell'art. 2 Cost., ossia il principio di solidarietà, che impone un obbligo di comportamento positivo volto a tutelare un diritto altrui, in questo caso quello del debitore ad adempiere, entro i limiti di un sacrificio non significativo.³⁰⁶

³⁰⁶ Così Cass., 5 maggio 2010, n. 10895 secondo la quale l'obbligo di cooperazione, gravante sul creditore espressione del dovere di correttezza nei rapporti tra gli obbligati, non comprende, pertanto, l'esplicazione di attività straordinarie o gravose, ossia un *facere* non corrispondente all'*id quod plerumque accidit*.

Unico dato di differenziazione tra il sistema civile e quello penale è dato dal fatto che nel primo, il fatto generatore di responsabilità è atipico, basti pensare alla responsabilità extracontrattuale che, *ex art. 2043 c.c.* rende rilevante “qualunque fatto” doloso o colposo volto a nuocere. Mentre nel sistema penale il fatto omissivo rilevante è necessariamente tipico, ove si preveda un illecito omissivo, ovvero atipico per la clausola di cui all’art. 40 c.p., che permette la combinazione di una norma di parte speciale, costruita sulla fattispecie commissiva, con la clausola di equivalenza di cui all’art. 40 cpv.

A tal proposito si stanno facendo strada due tesi al riguardo in dottrina, una prima, più rigorosa, la quale esclude in mancanza di vincoli specifici o accordi contrattuali in tal senso, un obbligo gravante sul creditore di cooperare, sulla base del principio solidaristico di cui all’art.2 Cost. In tali casi non si può infatti far riferimento ad un concetto di buona fede “allargata”. Un opposto indirizzo riconosce invece nell’art. 2 Cost. una norma immediatamente precettiva.

Questa non presupporrebbe allora un rapporto obbligatorio, ma lo imporrebbe essa stessa. Ne deriva che, stante il valore immediatamente precettivo dell’art. 2 Cost, unitamente alla lettura, nel medesimo senso, dell’art. 1172 c.c. vi sarebbe un generale ed atipico dovere per il creditore di evitare l’inadempimento del debitore o ridurre gli effetti negativi di esso, ai sensi dell’art. 1227 c.c. letto alla luce del principio di buona fede e correttezza,³⁰⁷ *ex artt. 1175 e 1375 c.c.* e ciò non solo in presenza di un rapporto contrattuale, ma altresì a prescindere.³⁰⁸

Tutte queste considerazioni estrinsecano l’idea di fondo sottesa allo stesso art. 1227 c.c., portando alla considerazione che vi è un più generale principio secondo cui il

³⁰⁷ L’art. 1227 c.c. trova recente applicazione anche in sede amministrativa, secondo il disposto di cui all’art. 30 c.p.a. per quel che concerne l’obbligo di impugnare il provvedimento lesivo al fine di ottenerne l’annullamento, ancorché ad oggi sia caduta la c.d. pregiudizialità, potendo cioè il ricorrente agire direttamente con l’azione risarcitoria, anche in assenza di un previo annullamento del provvedimento lesivo. Tuttavia, tale comportamento omissivo può essere valutato, ai sensi dell’art. 1227 c.c. al fine di ridurre il risarcimento, posto che, con l’ordinaria diligenza, e dunque impugnando il provvedimento lesivo, avrebbe potuto limitare i danni. La previa impugnazione del provvedimento non è più dunque una condizione di preclusione processuale, come lo era in vigenza della pregiudiziale, ma viene valutata da un punto di vista sostanziale.

³⁰⁸ In questi termini, Cass., 22 aprile 2013 n. 9722 secondo la quale “la condotta del creditore che si correla ad un inadempimento di certa verifica (o comunque che presenti un grado elevato di probabilità di realizzazione) e, come tale, sia prevedibile, ove connotata da contrarietà a buona fede e correttezza – quali criteri declinabili, in siffatto contesto, anche come doveri di precauzione – è suscettibile di integrare i presupposti di applicabilità della norma di cui all’art. 1227 co II c.c., e di rendere quindi non risarcibile il danno, pur sempre conseguente a detto inadempimento, che avrebbe potuto essere evitato dal creditore medesimo”.

soggetto leso nella propria sfera giuridica non può rimanere inerte aspettando che il danno si inspessisca, ma è invece tenuto a tutte quelle condotte collaborative anche nei confronti del debitore che non si sostanzino per lui in un sacrificio eccessivo.

Ecco dunque che, a ben vedere, la mancanza in campo contrattuale di una norma quale quella di cui all'art. 2059 c.c. non può certo dirsi indice sintomatico di una maggiore risarcibilità del danno non patrimoniale in campo contrattuale, posto che la clausola bagatellare di cui all'art. 2 Cost., mostra, sotto altre spoglie, tutta la sua operatività anche in sede di inadempimento di un'obbligazione, esattamente al pari di quanto accade nell'ambito dell'illecito aquiliano. Per meglio comprendere la stessa, si rende necessario una puntuale disamina al fine di individuarne la sua origine e la sua *ratio*.

Prima però di passare alla sua analisi, si consideri che se le coordinate su esposte palesano senz'altro la chiara esigenza di limitare l'area delle conseguenze dannose per evitare indebite esposizioni risarcitorie in capo al danneggiante, altrettanto evidente è l'esigenza di salvaguardare, stante la tipica funzione risarcitoria della responsabilità civile, la piena ed integrale riparazione della sfera giuridica del soggetto danneggiato in base ad un imminente nonché sotteso principio di integrale riparazione del danno che dovrebbe portare all'eliminazione di tutte le conseguenze dannose prodotte dall'illecito, al fine di ripristinare lo *status quo ante* attraverso una compensazione monetaria.

Il condizionale è d'obbligo, posto che come si vedrà di qui a breve, è in atto una vera e propria "tendenza inversa" del sistema riparatorio civile, che mette a dura prova la tenuta del principio di integrale riparazione del danno, tanto da chiedersi se esso permanga ancora effettivamente quale principio sotteso al sistema risarcitorio. Sempre di più si sta facendo infatti largo l'idea che proprio quella solidarietà che fino ad allora ha scalfito la stretta tipicità del risarcimento del danno non patrimoniale, stia facendo retromarcia, imponendo ad oggi un obbligo di sopportare una parte di danno in nome di interessi, del pari costituzionalmente tutelati, che nel bilanciamento di valori escono vittoriosi rispetto alla piena tutela della salute e al principio di sua integrale risarcibilità.

3.5. L'influenza dei Principi Unidroit, dei Principi del Diritto Europeo dei Contratti (PECL) e del Draft Common Frame of Reference (DCFR) sul risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale.

I Principi Unidroit, altrimenti denominati anche Principi dei contratti commerciali internazionali, sono stati elaborati da un gruppo di studiosi e rappresentano un sistema

di principi e regole di diritto contrattuale comuni ai sistemi giuridici nazionali esistenti.³⁰⁹ In particolare, la materia del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale risulta essere complessa, posto che non vi è uniformità nei vari sistemi nazionali.

Vi sono infatti aspetti che caratterizzano le singole esperienze e che talvolta si rivelano poco conciliabili con i modelli concorrenti con i quali dovrebbero concorrere a creare un “quadro comune di riferimento”. Basti considerare ad esempio, i danni punitivi: essi non sono pacificamente ammessi in tutti gli ordinamenti, taluni di essi li escludono, altri li ammettono in via surrettizia pur formalmente negandoli, in altri sono pienamente ammessi.

O ancora, in quasi tutte le esperienze è consentita la determinazione convenzionale del danno mediante l’uso della clausola penale, ma vi sono casi di ordinamenti in cui essa è sottoposta ad un’accurata attenzione al fine di determinare se essa è conforme alla legge ovvero debba considerarsi nulla. A ciò si aggiunga che in talune esperienze l’inadempimento volontario è “sanzionato” con l’obbligo di risarcire anche il danno imprevedibile.

La loro applicazione è frutto di una libera scelta delle parti, al fine di adottarli quali legge regolatrice del contratto. Tuttavia, essi esplicano la loro portata non solo per quello che espressamente attiene la dimensione contrattualistico – patrimoniale, ma anche la dimensione extracontrattuale nel momento in cui fungono d’ispirazione per il sistema interno per quel che concerne la quantificazione del danno, sia esso patrimoniale che non patrimoniale. Le parti possono prevederli in totale sostituzione alla legge nazionale ovvero in aggiunta ad essa o per regolare specifici aspetti della contrattazione. Talvolta, quando le parti originarie di differenti paesi non si accordano sulla legge regolatrice del contratto, possono stabilire che esso sia governato dai “principi generali del diritto”.

Di talché i principi Unidroit possono fungere da veri e propri “principi generali” e, talvolta, condizionare la stessa legislazione nazionale, seppur chiaramente, non sono vincolanti ma hanno un valore schiettamente armonizzante nella dimensione sovranazionale. Tuttavia, proprio in virtù della loro sempre più crescente diffusione e applicazione, i Principi in parola potrebbero essere considerati come regole consuetudinarie, poiché applicati in un elevato numero di arbitrati internazionali.

³⁰⁹ Per un approfondimento sul punto si veda M. ORLANDI, *Autonomia e sovranità*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008, 187 ss.

Essi possono operare come strumento di integrazione e di interpretazione delle Convenzioni di diritto internazionale uniforme, nonché come modelli per i legislatori nazionali ed internazionali ai fini dell'elaborazione della legislazione. Essi svolgono un'importante funzione non solo nell'ottica della buona fede e del divieto di abuso del diritto, ma altresì in materia di equilibrio contrattuale mediante la previsione e la definizione della c.d. clausola di *hardship*,³¹⁰ di cui all'art. 6.2.2,³¹¹ essa riconosce per la parte svantaggiata dal disequilibrio sopravvenuto il diritto di richiedere la rinegoziazione del contratto *ex art. 6.2.3.*³¹²

Per quel che concerne il danno non patrimoniale in campo contrattuale all'art. 7.4.2. da un lato ne confermano l'ammissibilità, dall'altro prevedono espressamente il principio del "risarcimento integrale". Esso infatti postula che "il creditore ha diritto al risarcimento integrale del danno subito in conseguenza dell'inadempimento [...], il danno può essere di natura non pecuniaria e comprende, per esempio, la sofferenza fisica e morale". In generale, per quel che attiene al danno patrimoniale è conseguenza della perdita (denominata talvolta *harm*, talvolta *loss*) e consiste in un danno emergente ed in un lucro cessante. Il danno non patrimoniale *sub specie* di danno morale è sempre risarcito, esso è talvolta denominato come "*physical suffering or emotional distress*" (art. 7.4.2.).

Il commento ufficiale alla disposizione chiarisce che il danno non patrimoniale "può consistere nel dolore e sofferenza, nella perdita di agi della vita, nel pregiudizio estetico, come pure nel danno derivante dalle lesioni all'onore e alla reputazione". Il riferimento alla perdita degli agi della vita è chiaramente ispirato al modello inglese delle "*loss of amenity*" e, riportato alle nostre categorie di danno, è da intendersi come danno biologico ed esistenziale. Inoltre, sempre il commento ufficiale aggiunge che "il

³¹⁰ C. SERRAIOTTO, *Obligation to renegotiate unbalanced contracts*, cit.

³¹¹ Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata.

³¹² (1) In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. (2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. (3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. (4) Il giudice, se accerta il ricorrere di un'ipotesi di *hardship*, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

risarcimento del danno non patrimoniale può assumere forme diverse e spetta al giudice decidere quali di queste, sia da sola, sia insieme alle altre, possa assicurare un pieno risarcimento”. Del resto, lo stesso art. 7.4.2. è rubricato “Risarcimento integrale”.

Il Draft descrive tale tipo di danno come “*pain and suffering and impairment of the equality of life*” (art. 3.701 par. III), i PECL non danno invece precisazioni al riguardo. Tutti i modelli richiedono la prevedibilità ragionevole del danno (*reasonably foreseen*), ma sia i PECL che il Draft includono nel danno risarcibile anche il danno non prevedibile se l’inadempimento è stato intenzionale e caratterizzato da una grave negligenza. Tutti e tre i sistemi menzionati prevedono poi la possibilità di mitigare il danno nel caso in cui il creditore avrebbe potuto ragionevolmente ridurlo (7.4.8., 9.505, III.3.705), ed in perfetta sintonia con quanto previsto dall’art. 1227 c.c., prevedono che per le ipotesi di concorso di colpa del creditore vi sia una riduzione del danno a carico del debitore (7.4.7.; 9.504; III.3.704).

Ora, per quanto riguarda i requisiti richiesti dai Principi con riferimento ai pregiudizi di carattere non patrimoniale essi richiedono: la certezza del danno (art. 7.4.3.), posto che “il risarcimento è dovuto solo per il danno, incluso il danno futuro, che sia stabilito con un ragionevole grado di certezza”. Più nel dettaglio, il requisito della certezza non è riferito al suo ammontare, bensì alla prova del danno, posto che al par. III dello stesso articolo si precisa che “se l’ammontare del danno non può essere stabilito con sufficiente grado di certezza, l’accertamento è rimesso alla discrezionalità del giudice”.

Il secondo requisito è il nesso di causa, in particolare la “natura diretta del danno”, nel senso che esso deve essere subito per effetto dell’inadempimento, altrimenti lo stesso non può dirsi “prevedibile”. Il terzo requisito è appunto la prevedibilità del danno (art. 7.4.4.), il quale sancisce che la parte inadempiente “è responsabile solo per il danno che ha previsto o poteva ragionevolmente prevedere al momento della conclusione del contratto come possibile conseguenza dell’inadempimento”. In ciò i Principi ricalcano perfettamente la previsione sottesa all’art. 1223 c.c. I predetti requisiti devono peraltro sussistere cumulativamente affinché il giudice possa prendere in considerazione la richiesta risarcitoria.

Tanto premesso, si può certamente affermare che i Principi Unidroit per quanto concerne la risarcibilità del danno non patrimoniale in campo contrattuale rappresentano, nonostante la sussistenza di qualche eccezione, un’impostazione ampiamente condivisa in Europa. In modo del tutto analogo statuiscono i Principi di

Diritto Europeo dei Contratti (PECL) redatti dalla Commissione Lando (Commissione per il Diritto Europeo dei Contratti), i quali prevedono, all'art. 9:501, che il creditore offeso dall'inadempimento del contratto, il c.d. *breach of contract*, ha diritto anche al risarcimento del danno non patrimoniale, esso infatti riconosce espressamente che "il danno di cui può essere domandato il risarcimento comprende a) il danno non patrimoniale e b) il danno futuro che è ragionevolmente prevedibile.

Analogamente, l'art. 3:701 del Draft Common Frame of Reference (DCFR), nei *Principles and Model Rules of European private Law*, afferma, con riguardo al *right to damages*, al co III che "*Loss includes economic and non-economic loss. Economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. Non economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life*". Il Draft è un progetto di Quadro Comune di Riferimento affidato dalla Commissione Europea ad un gruppo di studiosi al fine di elaborare un quadro comune di riferimento per il diritto dei contratti.

Ancora, nella direttiva 85/374/CEE, in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, si stabilisce che "il produttore è responsabile del danno causato da suo prodotto" (art. 1), poi specificando che per danno si intende sia quello alla persona, sia quello alle cose (art. 9). Lo stesso Regolamento CE n. 864/2007 Del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11.07.2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II) stabilisce che "Ai fini del presente regolamento, il danno comprende ogni conseguenza derivante da fatto illecito, arricchimento senza causa, *negotiorum gestium* o *culpa in contrahendo*".

Ancora, anche nei PETL (Principles of European Tort Law), all'art. 2:101 si afferma a proposito del danno risarcibile che il danno può postulare tanto una lesione materiale quanto immateriale ad un interesse giuridicamente protetto.

Si può dunque notare come nella dimensione europea, il danno non patrimoniale contrattuale viene inteso non solo come danno ai pregiudizi di carattere fisico, ma anche quelli che si ripercuotono sulla sfera esistenziale, i c.d. "*mental distress*" e la lesione della "*peace of mind*". Il punto è stato confermato peraltro non di recente dalla stessa Corte di Giustizia CE in Simone Leitner TUI c. Deutschland Gmbh & Co. Kg, in cui si è precisato che l'art. 5 della direttiva 13.06.1990 n. 90/314 CEE concernenti i viaggi, le vacanze, ed i circuiti tutto compreso (fattispecie che per la prima volta, sulla base della causa in concreto, ha ammesso il danno non patrimoniale contrattuale anche in Italia), deve essere interpretata nel senso che il consumatore ha diritto al risarcimento del c.d.

“danno immateriale” derivante dall’inadempimento del contratto di viaggio, senza la necessità che sia leso un diritto fondamentale della persona. Senza dunque passare, trasposto nella dimensione nazionale, per la lesione dell’art. 2 Cost.³¹³

In altre parole, nella dimensione europea, la lesione di un interesse giuridicamente rilevante unitamente ad altri presupposti richiesti per la configurazione della responsabilità civile poc’anzi menzionati, legittima il risarcimento del danno, anche non patrimoniale, senza ulteriori limitazioni connesse alla natura dell’interesse leso. Inoltre, per quanto il danno alla persona, nei testi esaminati, assume autonoma rilevanza ed una tutela incondizionata oltre che piena, non vi è alcuna indicazione di tipo contenutistico in ordine ad una possibile classificazione del danno alla persona. In particolare, nella giurisprudenza della CGE si individuano almeno tre tipologie di danno: il danno morale, inteso quale alterazione della salute mentale e psichica della vittima, a volte risarcito con un indennizzo simbolico, il danno fisico, quale alterazione della salute, che deve essere dimostrato e certificato con perizia medico legale, ed infine il danno materiale conseguente alla perdita economica subita.

Il *leading case* che ha ammesso il risarcimento del danno non patrimoniale da *breach of contract* risale all’inizio del 1973, e si tratta appunto del danno da vacanza rovinata, il quale va a risarcire “*the disappointment, the distress, the upset and frustration caused by the breach*”.³¹⁴

A ben vedere, riferirsi alla dimensione sovranazionale per quel che concerne il danno non patrimoniale da inadempimento comporta l’attuarsi di una certa tendenza espansiva della tutela risarcitoria. La stessa Corte di Giustizia³¹⁵, orma da tempo, occupandosi del danno immateriale da inadempimento del contratto di viaggio “tutto compreso” ha evidenziato come un danno non patrimoniale possa verificarsi anche a seguito di eventi che, con tutta probabilità, rientrerebbero secondo le Sezioni Unite nell’ambito dei pregiudizi bagatellari, posto che “il negato imbarco, la cancellazione del volo o i ritardi prolungati sono causa di disagi e fastidi per i passeggeri”.³¹⁶

Ciò sta a significare che disagi e fastidi che per le Sezioni Unite San Martino sono assolutamente irrilevanti in quanto futili fastidi che per un dovere di solidarietà sociale vanno sopportati, per la Corte di Giustizia sono invece pienamente rilevanti e ristorabili. A tal riguardo, si deve però riconoscere che il Draft, a differenza dei Principi Unidroit,

³¹³ Corte di Giustizia CE, 12.03.2002, causa C-168/00, *Danno e resp.*, 2002, p. 1097.

³¹⁴ *Jarvis v. Swan Tours Ltd.* [1973], Q.B. 233.

³¹⁵ Corte di Giustizia CE, 12.03.2022, n. C-168 cit.

³¹⁶ Corte di Giustizia CE 22.12.2008, n. 549, *Guida dir.*, 2009, p. 111.

all'art. VI-6:102 rubricato come “regola *de minimis*” statuisce, al contrario, che il danno insignificante non va preso in considerazione.

Al di là di qualche eccezione, la situazione sovranazionale appare dunque ben diversa rispetto a quella interna, per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo si constata l'inesistenza di una norma atta a limitare il risarcimento del danno alla persona, e per converso, l'esistenza di un principio di maggior tutela del danno non patrimoniale, che a differenza di quello patrimoniale, non può subire alcuna limitazione. Ciò che è bene rilevare però, è che la tripartizione data dal danno materiale, il danno morale ed il danno fisico porta a negare autonoma rilevanza al danno esistenziale, che di seguito si approfondisce.

3.6. L'art. 2 Cost. e la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione della proprietà privata in conseguenza al fenomeno delle “immissioni”. Un caso recente (Cassazione n. 20927/2015). La solidarietà come “controlimite” alla CEDU.

Iniziando ad analizzare da un punto di vista pratico questa tendenza “espansiva” dei danni risarcibili grazie all'art. 2 Cost., si riporta una recente pronuncia della Cassazione la quale ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale pur in assenza del biologico. La statuizione della Suprema Corte è interessante per valutare la portata espansiva dell'art. 2 Cost. nel sistema risarcitorio, considerata parallelamente all'influenza della CEDU nel sistema nazionale interno.

La massima può essere così riassunta: è risarcibile il danno non patrimoniale per immissioni sonore intollerabili tutte le volte che la condotta illecita leda diritti costituzionalmente garantiti quali l'invulnerabilità del domicilio e la tutela della famiglia, anche a prescindere e in mancanza della prova di aver subito un danno biologico, potendosi porre a fondamento della risarcibilità del danno non patrimoniale un diritto fondamentale diverso rispetto alla salute, che, peraltro, in caso di immissioni illecite, vede la tutela risarcitoria rafforzata dal riconoscimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito all'art. 8 CEDU.³¹⁷

³¹⁷ Sul punto, per un parziale diverso approccio, si veda anche *Danno e Resp.*, 1/2016, 28 e ss. con nota di V. CARBONE. Egli aderisce alla diversa tesi della “comunitarizzazione” della CEDU e pertanto fonda il risarcimento del danno non patrimoniale pur in assenza del biologico su un'imposta interpretazione convenzionalmente orientata a seguito delle modifiche che il Trattato di Lisbona avrebbe comportato sul sistema delle fonti interne. Di talché, il risarcimento del danno non patrimoniale si avrebbe anche in assenza del correlato pregiudizio biologico derivante, ex art. 32 Cost., dalla lesione alla salute, purché sia leso un diritto tutelato dalla Convenzione: l'art. 8 CEDU, nel caso di immissioni intollerabili affrontato dalla pronuncia. E ciò, proprio per l'intervenuta comunitarizzazione della CEDU.

La vicenda riguarda il risarcimento del danno non patrimoniale per l'inquinamento acustico causato da immissioni sonore intollerabili lamentato dai residenti di un'area adiacente a un locale, ubicato in una zona a prevalente (ma non esclusiva) vocazione industriale, che nei mesi estivi e durante le ore notturne intratteneva la clientela con musica e danze. I residenti citano la società gerente il locale, estendendo la propria pretesa al consorzio proprietario del locale e al comune nel cui territorio l'immobile insiste, i quali però non svolgono difese nel giudizio. Dopo la soccombenza in primo grado e in appello, la società ricorre in Cassazione, lamentando di essere stata ingiustamente condannata dalla Corte d'appello a cessare un'attività regolarmente autorizzata dall'autorità amministrativa, e posta in essere nel rispetto della vigente normativa pubblicistica sull'inquinamento acustico. La società sostiene che non si diano i presupposti per ricondurre la fattispecie all'art. 844 c.c., per non essere le immissioni "intollerabili", perché non superiori alla soglia consentita dalla normativa vigente. Quanto alla condanna al risarcimento danni, si lamenta la mancanza di nesso causale tra immissioni e danno, nonché l'irrisarcibilità del danno non patrimoniale in mancanza di un accertato danno alla salute, posto che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tesa a limitare il risarcimento alla lesione dei soli diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.*, impedisce che possano essere ristorati pregiudizi "bagatellari", privi del crisma dell'invulnerabilità, incidenti su meri interessi, privi di tale rilevanza.

La pronuncia in commento muove in due direzioni ben definite: la prima riguarda la qualificazione d'intollerabilità delle immissioni a fronte del quadro norma vigente;³¹⁸ la seconda concerne la risarcibilità del danno non patrimoniale in assenza del biologico.³¹⁹

³¹⁸ Quanto al primo profilo, mette conto osservare che la vicenda sottostante alla sentenza in commento trae origine dalla classificazione iniziale dell'area su cui insiste l'esercizio commerciale dei ricorrenti (provocante le immissioni) nel piano di classificazione acustica di zona V a "prevalente vocazione industriale", il che, data la *prevalenza* (e non già *l'esclusività*), implica un giudizio di bilanciamento tra le esigenze industriali e quelle sociali. Tale classificazione acustica comunale era stata poi annullata dal T.A.R., per essere inserita in classe VI, quale zona a vocazione "esclusivamente industriale", il che avrebbe dovuto comportare un giudizio a rime obbligate, statuente la prevalenza della libertà d'iniziativa economica rispetto alle esigenze sociali. Tuttavia, il T.A.R. aveva mancato di nominare un commissario *ad acta* per provvedere al diverso classamento e attribuire effettivamente all'area una vocazione *esclusivamente* industriale. Il che induce la S.C. a valutare la tollerabilità delle immissioni con riferimento alla normativa civilistica, in assenza di un piano di zonizzazione comportante l'applicazione di una norma pubblicistica derogatoria rispetto a quella civilistica.

Dalla pronuncia in commento, si evince allora che l'art. 844 c.c. identifica una norma a tutela non solo della proprietà – la cui tutela accede al riconoscimento dell'azione inibitoria – ma quale norma a tutela del proprietario, di cui viene così salvaguardata la qualità della vita privata e familiare. Se dunque permane l'intollerabilità delle immissioni, essa è il presupposto logico giuridico per accordare il risarcimento del danno non patrimoniale.

Quello che qui interessa osservare e analizzare, al fine di poter comprendere la portata espansiva dell'art. 2 Cost. è il secondo profilo problematico affrontato dalla pronuncia: la possibilità di risarcire il danno non patrimoniale in assenza del biologico, senza sconfessare le convinzioni espresse dalle Sezioni Unite del 2008.

Secondo la sentenza in commento il danno alla qualità dell'esistenza può trovare tutela ove esso consegua alla lesione di un diritto costituzionalmente garantito, nella specie individuato nell'inviolabilità del domicilio e nella tutela costituzionale dei rapporti familiari, anche a prescindere dalla sussistenza di un danno biologico, per il tramite della lesione del diritto di proprietà.³²⁰

L'indagine circa questo secondo profilo della sentenza muove allora in due direzioni. *In primis* verificare se possa parlarsi in questi casi di pregiudizio meritevole di tutela e quindi se il danno alla quiete familiare e al riposo possa rilevare costituzionalmente al fine di ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione di un diritto inviolabile. In seconda battuta, se a fondamento della risarcibilità del danno non patrimoniale possa esserci un diritto fondamentale diverso rispetto al diritto alla salute, quale appunto l'inviolabilità del domicilio e la tutela della famiglia, proprio avendo riguardo all'influenza esercitata su punto dalla CEDU, e in particolare, dell'art. 8 della Convenzione.

Com'è arcinoto, la risarcibilità del danno non patrimoniale si muove in maglie ben definite, incentrata su una rilettura costituzionale orientata dell'art. 2059 c.c. che

³¹⁹ Si veda sul punto C. SERRAIOTTO, *Il danno non patrimoniale*, cit.

³²⁰ Per quel che concerne allora il giudizio di *tollerabilità* delle immissioni, la S.C. lo effettua in concreto, posto che il limite di tollerabilità delle immissioni non ha carattere assoluto, ma è relativo alla situazione ambientale, variabile da luogo a luogo, secondo le caratteristiche della zona e le abitudini degli abitanti - considerando prevalente rispetto alle esigenze della produzione il soddisfacimento ad una normale qualità della vita - e a prescindere dal rispetto della normativa pubblicistica, posto che nei rapporti tra privati, non è dirimente il rispetto della normativa tecnica (D.P.C.M. 19.11.1997 che fissa i requisiti acustici in attuazione della l. 447/1995, e segnatamente l'art. 3, co. I, lett. e). E ciò anche in tenendo conto della norma di interpretazione autentica di cui all'art. 6 *ter* del D.L. 208/2008, posto che, come osservato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 103/2011), la S.C. ritiene che a detta norma non possa attribuirsi la capacità di derogare meccanicamente all'art. 844 c.c., e che in ogni caso competa al giudice il dovere di effettuare un'indagine in concreto circa la lesione o meno del prevalente diritto al rispetto della vita privata o familiare. L'art. 6 *ter*, pur costituendo *ius superveniens* e pur essendo possibile la sua applicazione in via retroattiva, stante il crisma di norma di interpretazione autentica, non rende applicabile il D.P.C.M. nei rapporti tra privati, essendo destinato a regolare i soli rapporti con la p.a.

Si sconfessa così l'idea, sostenuta dai ricorrenti, di richiamare l'art. 6 *ter* per far valere una "tollerabilità" diversa rispetto a quella imposta dall'art. 844 c.c., facendola coincidere con la c.d. "accettabilità amministrativa", come se, in presenza di norme amministrative specifiche, la normale tollerabilità non possa più essere valutata secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza (i noti 3 dB oltre il rumore di fondo), ma debba essere vagliata meccanicamente, con riferimento alle disposizioni di legge e di regolamento.

ammette il risarcimento “nei casi determinati dalla legge” (dove per legge deve intendersi anche la previsione di una norma costituzionale), non più solo in presenza di un fatto di reato, *ex art.* 185 c.p., ma anche per violazione dell’art. 32 Cost., o per pregiudizi incidenti sui diritti inviolabili della persona umana, *ex art.* 2 Cost., in combinato disposto con l’art. 2059 c.c.

Ne è derivato un sistema risarcitorio binario: da un lato la responsabilità patrimoniale – atipica - *ex art.* 2043 c.c. che non postula alcun filtro se non l’ingiustizia del danno, dall’altro quella non patrimoniale – tipica - *ex art.* 2059 c.c., letto in combinato disposto con l’art. 32 Cost. per il danno alla salute, e con l’art. 2 Cost. per quel che concerne ulteriori pregiudizi non patrimoniali, diversi da quelli alla salute che, in entrambi questi ultimi casi, postula invece un doppio filtro: l’ingiustizia e la rilevanza costituzionale di tale ingiustizia, *sub specie* di lesione di un diritto inviolabile. Il filtro dell’inviolabilità del diritto leso è stato posto a fondamento della pretesa risarcitoria proprio per scongiurare la prassi invalsa di risarcire semplici disagi e fastidi sull’assunto in base al quale il risarcimento del danno alla qualità dell’esistenza postulerebbe la rilevanza costituzionale non già del diritto leso bensì del pregiudizio sofferto. E, dal momento che tale pregiudizio incide sulla persona, esso andrebbe per ciò stesso risarcito.

Si è obiettato che il richiamo all’art. 2 Cost. ha portato il risarcimento del danno non patrimoniale nell’alveo dell’atipicità, essendo i diritti inviolabili un catalogo “aperto” suscettibile di costante enucleazione, col timore di concedere al giudice un’eccessiva discrezionalità nel valutare l’inviolabilità dei nuovi diritti emergenti. Invero la dottrina ha correttamente osservato che l’art. 2 Cost., non è una “clausola aperta” bensì un “contenitore” di tutti i diritti inviolabili già previsti e contenuti nella Carta Fondamentale. Pertanto, non sarebbe scalfita la tipicità del risarcimento del danno non patrimoniale.

Se dunque la risarcibilità del danno non patrimoniale si giustifica per i soli pregiudizi “inviolabili”,³²¹ si tratta di comprendere se e in che misura i diritti alla quiete e quello al riposo, pur se ricondotti a interessi costituzionalmente tutelati quali

³²¹ Si ricorda il passaggio fondamentale delle Sezioni Unite San Martino: “la risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell’ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria”.

l'inviolabilità del domicilio e la tutela della famiglia, possano assurgere a diritti inviolabili ed essere così oggetto di risarcimento.

Riferendosi all'art. 8 della CEDU,³²² in particolare alla tutela della vivibilità dell'abitazione e alla qualità della vita all'interno di essa, la Corte connette il risarcimento del danno non patrimoniale alla lesione della proprietà.³²³ Ma il rimedio risarcitorio è possibile solo ove si consideri la proprietà quale diritto *in primis* fondamentale e secondariamente inviolabile, posto che è l'inviolabilità di essa a determinare il risarcimento del danno non patrimoniale per la lesione di quei diritti tutelati per suo tramite, se consequenzialmente lesi a seguito del vulnus alla proprietà stessa.

Ex art. 2 Cost. un diritto è inviolabile se attiene all'*essere* dell'individuo, non al suo *avere*, e se, a prescindere dal contenuto patrimoniale o non, è strumentale alla realizzazione della persona umana.

Non vi è però unanimità di vedute nel ritenere la proprietà quale diritto inviolabile, proprio per il suo contenuto patrimoniale: l'art. 2 Cost. parla infatti di diritto inviolabile della *persona*, pertanto lo stesso dovrebbe attenere al solo essere, non anche a qualcosa di estrinseco ad essa, come l'*avere*.³²⁴

Ripercorrendo la storia, se per lo Statuto Albertino la proprietà era un diritto inviolabile, in quanto assoluto, altrettanto non si può univocamente sostenere oggi con la Costituzione del '48, basti considerare la disciplina dell'espropriazione, *ex art. 42 bis*

³²² Diritto al rispetto della vita privata e familiare: 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

³²³ Per un approfondimento sul punto, in particolare sulla tutela del diritto di proprietà alla luce dei principi CEDU, ed in particolare l'orientamento della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale italiana, si veda l'interessante analisi di L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e rivoluzione passiva*, in *Europa e dir. priv.*, Fasc. III, 2011, 575 e ss.

³²⁴ In particolare, sul punto si veda c. Favilli, *Danno ingiusto e responsabilità*, in AMADIO, MACARIO [a cura di], *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, Bologna, 2014, 959 e ss., secondo l'A. il riferimento ai "diritti inviolabili" richiamati dalle Sezioni Unite S. Martino nel passaggio fondamentale poc'anzi ricordato, escluderebbe la risarcibilità dei danni non patrimoniali da lesione dei diritti patrimoniali, tutelati certo dalla Costituzione, ma privi del crisma dell'inviolabilità. *Contra*, si veda M. COMPORI, *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, 16, M. FRIGO, *Le limitazioni al diritto di proprietà e all'esercizio delle attività economiche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Divenire sociale ed adeguamento del diritto*, Studi in onore di F. Capotorti, Milano, 1999, 161. Per un confronto in chiave comparata sul punto si veda C. COLINET, *La protection du droit de propriété dans la Communauté européenne au travers de l'arrêt "Hauer" de la Cour de Justice des Communautés européennes, du 13 - 12- 1979*, in *Das Europa der Zweiten Generation*, 1981, 02, 739.

del Testo Unico (d.p.r. 327/2001) che permette di far prevalere sul diritto di proprietà – salvo indennizzo - l'interesse pubblico, il quale funge da limite *interno* e per così dire “naturale” del diritto stesso, proprio per la funzione sociale cui è informata la proprietà, comprimibile appunto per esigenze di interesse pubblico. Essa, peraltro, non è collocata tra i diritti fondamentali all'interno della Costituzione, ma inerisce ai rapporti economici, e ciò confermerebbe il suo collegamento con l'*avere* più che con l'*essere* dell'individuo. Ecco allora che per ammetterne il risarcimento del danno non patrimoniale da immissioni intollerabili è necessario volgere lo sguardo al significato di proprietà accolto dall'ordinamento sovranazionale - per rafforzarne il fondamento normativo - ed in particolare all'art. 8 CEDU, il quale considera la proprietà quale diritto non solo fondamentale, ma anche inviolabile. Il panorama sovranazionale abbraccia una visione individualistica della proprietà, per effetto del venir meno della sua “funzione sociale”, con la conseguenza di considerare la stessa un diritto non solo fondamentale ma anche *inviolabile*, e dunque tutelabile *ex art. 2 Cost.* Tale approccio non è nuovo.

Già in materia espropriativa, subendo l'influsso della CEDU, si intende la proprietà quale *diritto fondamentale*, ed *inviolabile*, o meglio, violabile solo se rispettato un principio di legalità rafforzato e sostanzialmente inteso. È però a questo punto necessario interrogarsi sul rango della CEDU nel sistema delle fonti interne per valutare se e fino a che punto la considerazione sovranazionale del diritto in parola possa influenzare quella nazionale e comportare la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale, se lesa, o se lesi interessi costituzionalmente meritevoli di tutela ad essa consequenzialmente legati, quali il rispetto alla vita privata e familiare. La sentenza in commento parla a proposito di “comunitarizzazione” della CEDU, ma si impone al riguardo una precisazione.

La CEDU fa ingresso nel nostro ordinamento per il tramite dell'art. 117 Cost., ma la sua base giuridica, così come osservato dalle sentenze gemelle 348 e 349/2007 non è l'art. 10 Cost., in quanto il meccanismo di adattamento automatico ivi previsto riguarda il solo diritto internazionale consuetudinario, non anche quello pattizio, quale la CEDU. Non è nemmeno l'art. 11 Cost., che funge invece da base giuridica per l'ordinamento dell'Unione Europea, in considerazione del fatto che l'Italia, aderendo alla CEDU, non ha accettato alcuna limitazione della sovranità.³²⁵

³²⁵ Sul punto si riporta un passaggio fondamentale della sent. della Corte Cost. 348/2007 secondo la quale “Si condivide anche l'esclusione – argomentata nelle ordinanze di rimessione – delle norme CEDU, in quanto norme pattizie, dall'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, Cost., in conformità alla

Ne deriva allora che il diritto dell'Unione Europea ha rango diverso rispetto alla CEDU e pertanto in termini pratici il giudice di merito che ravvisi il contrasto tra una norma interna e la CEDU non dovrà disapplicare la norma, ma essendo la CEDU parametro di legittimità costituzionale interposto, dovrà dapprima interpretare la norma di legge - nel caso di specie l'art. 844 c.c. - in un senso "convenzionalmente orientato" riconoscendo appunto la risarcibilità dei pregiudizi, e ove ciò non sia possibile, sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 Cost. in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, per quel che qui interessa.

Ecco dunque che, procedendo con un'interpretazione convenzionalmente orientata, la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale derivante da immissioni intollerabili è ammessa a prescindere da un correlato pregiudizio biologico, essendo stata lesa la proprietà, quale diritto inviolabile, e per il suo tramite il rispetto alla vita privata e familiare. Essa ha una base giuridica rafforzata, data dal combinato disposto degli artt. 844 c.c. – 2059 c.c. – 2 Cost., nonché dall'art. 8 CEDU, tenendo conto dell'interpretazione che la Corte EDU fa del diritto di proprietà, la quale condiziona quella del giudice nazionale, che, pur conservando un "margine di apprezzamento" è tenuto a garantire ai diritti interni una tutela in misura almeno pari a quella offerta in via sovranazionale. La Corte di Strasburgo ha infatti più volte fatto applicazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, sancito all'art. 8, riconoscendo alle parti assoggettate ad immissioni intollerabili un consistente danno morale *pur in assenza di uno stato di malattia*.

A ciò si potrebbe però muovere un'obiezione. Se è vero che la proprietà per il semplice fatto di essere considerata un diritto fondamentale non implica necessariamente la sua inviolabilità, è bene considerare che la lesione della proprietà nel caso di specie non va considerata fine a sé stessa nell'ottica risarcitoria, ma strumentale alla salvaguardia di "ulteriori" interessi che, ove lesi, *ex art. 8 CEDU*, possono fondare il risarcimento del danno non patrimoniale. In altre parole, l'illecito sarebbe

costante giurisprudenza di questa Corte sul punto. La citata disposizione costituzionale, con l'espressione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano. Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa del suddetto art. 10. Di questa categoria fa parte la CEDU, con la conseguente «impossibilità di assumere le relative norme quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole (sentenza n. 188 del 1980), ovvero come norme interposte *ex art. 10* della Costituzione» (ordinanza n. 143 del 1993; conformi, *ex plurimis*, sentenze n. 153 del 1987, n. 168 del 1994, n. 288 del 1997, n. 32 del 1999, ed ordinanza n. 464 del 2005).

plurioffensivo, avendo leso da un lato la proprietà e per il suo tramite interessi costituzionalmente garantiti inerenti il diritto all'abitazione e la tutela della famiglia, la cui lesione non può che comportare, stante il crisma di tali diritti, e alla luce della rafforzata base giuridica *ex art. 8 CEDU*, un risarcimento del danno non patrimoniale a prescindere dalla sussistenza del biologico.

Concludendo, dall'evoluzione pretoria avutasi al riguardo, sebbene non sussistano unanimità di vedute in merito all'autonomo risarcimento del danno non patrimoniale a prescindere dalla sussistenza di un danno alla salute, (come di seguito si esplicherà), si potrebbe osservare, in un'ottica innovativa, come peraltro parte della dottrina sta già facendo, che sarebbe possibile una visione "orizzontale" della problematica, anziché "verticale". Ossia, per rispettare la tipicità del danno non patrimoniale proclamata dalle Sezioni Unite del 2008, non necessariamente si dovrebbe agganciare il risarcimento del danno non patrimoniale verticalmente all'art. 2 Cost., ma sarebbe sufficiente, a decretarne la risarcibilità, la semplice violazione dell'art. 844 c.c. potendo essere essa stessa norma fondante il risarcimento del danno non patrimoniale così come di quello patrimoniale.

Ne consegue che entrambi i danni, patrimoniale e non patrimoniale, potrebbero derivare dalla lesione di un semplice diritto soggettivo, senza la necessità di passare – per quello non patrimoniale - per la violazione di un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost., pur sempre salvaguardando l'irrisarcibilità dei danni bagatellari, questi sì, esclusi, considerando il principio solidaristico che permea il sistema e che impone di tollerare pregiudizi tollerabili e futili ove siano conseguenza di un lecito esercizio di un diritto altrui. Si dovrebbe leggere l'art. 2 Cost. in negativo, per escludere la risarcibilità di quei danni che dovrebbero essere tollerati alla luce della clausola di solidarietà, non già in positivo per fondare il vaglio circa l'ammissibilità del risarcimento del danno non patrimoniale, evitando peraltro di considerarlo un danno "speciale" rispetto a quello patrimoniale, più facilmente risarcibile.

Ulteriore osservazione che si potrebbe muovere riguarda il richiamo della pronuncia alla c.d. "comunitarizzazione" della CEDU. A seguito del trattato di Lisbona, come chiarito dalla Corte Costituzionale (n. 80/2011), ad essere "comunitarizzata" è stata la sola Carta di Nizza. L'Italia, aderendo alla CEDU *ex art. 6* del Trattato di Lisbona fa sì che i diritti impressi dalla convenzione divengano principi generali dell'ordinamento. Pertanto, l'attuale sistema delle fonti è ancora quello tracciato dalle sentenze gemelle del 2007.

Ne deriva che l'espressione della Corte di legittimità in commento, ove fa riferimento alla "comunitarizzazione" della CEDU più che essere intesa avuto riguardo al sistema delle fonti, vada intesa quale condivisibile presa d'atto che ad oggi la CEDU pur non avendo il rango costituzionale è comunque sovraordinata rispetto alla legge ordinaria, ed impone al giudice di tenere conto dell'interpretazione che la Corte Europea dei Diritti Umani da alle diverse disposizioni della Convenzione.

A ciò deve aggiungersi però, come dato critico più difficilmente superabile, che seppure la CEDU si ponga nel sistema delle fonti quale "*parametro di legittimità costituzionale interposto*", e sebbene la Corte Europea dei diritti dell'Uomo abbia il monopolio dell'interpretazione delle norme in essa contenute, e dunque condizioni l'interpretazione che di esse anche il giudice nazionale deve dare, vi è da considerare che questi conserva comunque un "margine di apprezzamento" nell'interpretazione delle norme. Tale margine gli consente anche in ultima analisi di far prevalere una norma costituzionale interna anche se incompatibile con un valore espresso dalla CEDU, e ciò in ragione del fatto che vige nel nostro ordinamento la c.d. "*teoria dei controlimiti*" che permette al giudice nazionale, a certe condizioni, di discostarsi dalle norme CEDU e dalla loro interpretazione.³²⁶

³²⁶ La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri.

Correttamente il giudice *a quo* ha escluso di poter risolvere il dedotto contrasto della norma censurata con una norma CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, procedendo egli stesso a disapplicare la norma interna asseritamente non compatibile con la seconda. Le Risoluzioni e Raccomandazioni citate dalla parte interveniente si indirizzano agli Stati contraenti e non possono né vincolare questa Corte, né dare fondamento alla tesi della diretta applicabilità delle norme CEDU ai rapporti giuridici interni. [...] Quanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (*ex plurimis*, sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 168 del 1991, n. 73 del 2001, n. 454 del 2006) o dei principi supremi (*ex plurimis*, sentenze n. 30 e n. 31 del 1971, n. 12 e n. 195 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 16 del 1978, n. 16 e n. 18 del 1982, n. 203 del 1989), ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali. L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la

È proprio alla luce di questa teoria che si potrebbe problematizzare la statuizione della sentenza in commento posto che, a differenza della concezione interna alla CEDU, per il nostro sistema costituzionale la proprietà non è intesa come un diritto inviolabile, e dunque la sua lesione non potrebbe da sé sola giustificare un risarcimento del danno non patrimoniale *ex art. 2 Cost.* in combinato disposto con l'art. 2059 c.c.³²⁷

3.7. *L'influenza della CEDU nel catalogo dei diritti fondamentali ex art. 2 Cost.*

L'analisi del danno non patrimoniale derivante da una responsabilità contrattuale o extracontrattuale che sia, non può esimersi da un approfondimento sul piano della dimensione sovranazionale. Orbene, la pronuncia di cui sopra non può dirsi peraltro

compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta. Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano.

³²⁷ Per quel che concerne poi i precedenti di legittimità e di merito sul punto, la giurisprudenza ha già affrontato la questione con esiti contrastanti, talvolta ammettendo talvolta negando la risarcibilità nei termini anzidetti. Con tutta probabilità vi sarà una pronuncia delle Sezioni Unite tesa a mettere fine al contrasto.

Senza pretesa di esaustività, si segnalano alcune pronunce conformi a quella in commento e talune difformi, anche con riguardo all'autonoma risarcibilità del danno morale. La Cassazione già con la sent. 26899/2014 si era occupata di un caso simile, nel quale gli attori lamentavano immissioni intollerabili e per l'effetto chiedevano il risarcimento del danno non patrimoniale. La Suprema Corte, in quell'occasione riconosceva una lesione agli interessi della persona costituzionalmente garantiti quali il riposo notturno, la tranquillità ed il riposo mentale accordando il risarcimento del danno non patrimoniale pur in assenza di un danno biologico. Alla stessa conclusione è pervenuta Cass. 17013/2015 sostenendo che la lesione all'integrità psico-fisica non è condizione necessaria per la risarcibilità del danno esistenziale da immissione intollerabili. In senso contrario Cass. 25820/2009 in materia di immissioni ha invece escluso la risarcibilità del danno morale o esistenziale in assenza di un pregiudizio alla salute. O ancora, sempre in materia di immissioni, Cass. 17427/2011 che ha ritenuto non meritevoli di tutela, qualora non arrechino nocumento all'integrità psico-fisica "quei pregiudizi consistiti in disagi, fastidi, disappunti ansie ed insoddisfazioni, concernenti gli aspetti più disparati della vita quotidiana, né possono essere qualificati come diritti risarcibili del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita o allo stato di benessere e serenità". Invero, anche per quel che concerne il danno morale ne è stata di recente ribadita l'autonoma risarcibilità, a prescindere dalla sussistenza di un danno alla salute, prima con sent. 24082/2011 che ha riconosciuto la sussistenza del danno morale riflesso nei confronti di un padre, per la perdita della propria figlia, "indipendentemente dall'insorgere di una patologia", e successivamente ribadita da Cass. 811/2015. Nella pronuncia in parola gli Ermellini hanno infatti statuito che "la valutazione del danno morale, inteso come entità autonoma, deve essere effettuato caso per caso, senza che il pregiudizio biologico funga da pregiudizio assoluto e necessario". Da ultima, Cass. 18611/2015 la quale chiarisce che sia il danno morale che il danno esistenziale, meritano autonoma valutazione rispetto al danno biologico. In contrasto con un pressoché coevo orientamento (Cass. 9320/2015 e Cass. 12594/2015) secondo le quali "il carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.* preclude la possibilità di un separato e autonomo risarcimento di specifiche fattispecie di sofferenza patite dalla persona (tra qui, il danno esistenziale) che costituirebbero vere e proprie duplicazioni risarcitorie.

Per quel che concerne la giurisprudenza di merito si veda Trib. Di Firenze 21 gennaio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 762), ed ancora sulla proprietà intesa quale diritto inviolabile, si veda Tribunale di Vercelli, 12 febbraio 2015, Giud. Fiengo.

isolata, posto che, passando all'analisi della giurisprudenza di merito, lo stesso Tribunale di Vercelli con un'innovativa pronuncia del 12 febbraio 2015 ha affermato, sempre con riferimento al diritto di proprietà, la risarcibilità del danno non patrimoniale per la violazione del diritto di proprietà, in conseguenza di infiltrazioni d'acqua, condannando così i privati oltre al risarcimento del danno patrimoniale che il danno non patrimoniale.

Esso ritiene che l'assunto non si ponga in contrasto con le Sezioni Unite San Martino le quali hanno proclamato che al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, la ristorabilità del pregiudizio non patrimoniale è ammessa solo nel caso di lesione di un diritto inviolabile della persona di modo tale che si possa ravvisare un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, sempre che il pregiudizio superi la c.d. soglia di tollerabilità. Ora, è evidente che per l'ordinamento interno il diritto di proprietà non è considerato quale diritto inviolabile, essendo esso stesso connaturato nella sua essenza da quella funzione sociale della proprietà che inesorabilmente lo limita dall'interno, basti considerare la stessa disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità.³²⁸

Se dunque non può dirsi un diritto fondamentale della persona, coerentemente la sua lesione non potrebbe comportare il risarcimento del danno non patrimoniale. Tuttavia, senza ripetere le considerazioni svolte in merito al rango della CEDU nel nostro ordinamento, vi è da osservare che essa, ponendosi come parametro di legittimità costituzionale interposto può portare a considerare il diritto di proprietà in una più ampia consistenza, tale da legittimarne la tutela non patrimoniale, salvo tutto quanto già detto in merito alla teoria dei c.d. controlimiti.³²⁹

Per legittimare la propria decisione infatti, il Tribunale di merito ha fatto riferimento all'art. 1 del primo Protocollo alla Convenzione e all'interpretazione della norma da parte della Corte di Strasburgo, riproponendo i due consueti nodi problematici del rango della CEDU nel nostro ordinamento e del c.d. "margine di apprezzamento" che il giudice interno ha rispetto all'interpretazione delle norme CEDU da parte della giurisprudenza della Corte EDU. Se sotto il primo profilo il rango di parametro di legittimità costituzionale interposto potrebbe comportare che la considerazione del

³²⁸ G. D'AMICO [a cura di], *Proprietà e diritto europeo, Atti del Convegno di Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, Napoli, 2014, 125-151; M. JAEGER, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 349-364.

³²⁹ R. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra carte e corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012, *passim*; M. COMPORTI, *La nozione europea di proprietà ed il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 10-18.

diritto di proprietà possa mutare in ragione della giurisprudenza sovranazionale, (si confronti al riguardo sent. 30.10.2003 Belvedere Alberghiera c. Italia, e la sent. 11 dicembre 2003 Carbonara e Ventura c. Italia) ricevendo così maggior tutela, sotto il secondo profilo, come visto, il margine di apprezzamento riservato al giudice di merito potrebbe bloccare l'elargizione di tutela.

Se ciò è certamente vero, il Tribunale di merito ha osservato che rispetto alla considerazione che della CEDU hanno avuto le Sezioni Unite 26972/2008 nell'affermare i principi ivi contenuti, esse hanno tralasciato di considerare l'effettivo ruolo della CEDU per l'ordinamento interno proprio con riferimento all'art. 1 Protocollo 1 al fine di ammettere un ampliamento del catalogo dei diritti inviolabili.

Ne deriva che si dovrebbe ammettere, al pari di ogni altra disposizione normativa che si pone in contrasto con la CEDU, un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. con la conseguenza che dovrebbe potersi dire risarcibile il danno non patrimoniale per lesione della proprietà, atteso che il giudice nazionale è tenuto ad assicurare il rispetto anche dei diritti che emergono da atti internazionali, quali la CEDU. Ecco dunque che accanto all'interpretazione costituzionalmente orientata dello stesso articolo si dovrebbe oggi affiancare, a detta del Tribunale di merito, quella convenzionalmente orientata, si da ammetterne il risarcimento non solo in presenza di un'ingiustizia "costituzionalmente" qualificata ma altresì "convenzionalmente qualificata".³³⁰

D'altro canto, non si può dire che ciò sia impedito dalla statuizione delle Sentenze San Martino, le quali non menzionano i diritti fondamentali contemplati dalla CEDU, posto che il caso che le ha occupate non ha visto la necessità di riferirsi a fonti diverse da quelle nazionali, quali la CEDU, dal momento che concerneva il diritto risarcimento del danno alla salute, annoverato tra i diritti inviolabili di rango costituzionale. A tal proposito le Sezioni Unite però precisavano che alle norme CEDU non spetta il rango di

³³⁰ Sul punto si veda L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?* in *Dir. umani e diritto internaz.*, 2008, 310, ma anche A. RUGGERI, *L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"*, in *"Itinerari" dei una ricerca sul sistema delle fonti*, XVII, Studi dell'anno 2013, 37 ss., spec. 43 ss e P. MEZZANOTTE, *La giurisdizione sui diritti tra Corte Costituzionale e giudice comune*, in *Federalismi.it*, 2011, secondo il quale il meccanismo dell'interpretazione convenzionalmente orientata non si può più nemmeno distinguere da quello dell'interpretazione costituzionalmente orientata, il ché conferma in modo autentico "non soltanto l'assunto di base di una progressiva assimilazione fra giustizia costituzionale e giurisdizione comune fine, al limite, a comportarsi in un unico sistema integrato di applicazione giurisdizionale del parametro costituzionale", ma anche una sempre più adeguata ed efficace tutela dei diritti fondamentali qualunque sia la fonte dalla quale essi promanano.

diritti costituzionalmente protetti, poiché non assume in forza dell'art. 11 Cost. lo stesso rango dei Trattati internazionali con la conseguenza che, come ribadito dalla celebre sentenza della Corte Costituzionale 348/2007, si deve escludere la possibilità di fondare il risarcimento del danno non patrimoniale sulle norme CEDU.

Del pari però, è bene osservare, e in ciò si legittima in qualche modo la decisione del Tribunale di Vercelli, che il giudice è comunque tenuto a fornire, proprio in virtù del rango della CEDU, un'interpretazione convenzionalmente orientata che, in quanto tale, ha portato a riconoscere il danno non patrimoniale per lesione del diritto di proprietà, implicitamente avvallando la portata di diritto fondamentale dello stesso.

La pronuncia del Tribunale di Vercelli non è certo isolata, posto che ad essa si affianca quella del Tribunale di Trieste,³³¹ il quale ha del pari ammesso la risarcibilità del danno non patrimoniale nel caso in cui perduranti infiltrazioni idriche hanno impedito il pieno godimento della proprietà, non tanto però per violazione diretta del diritto di proprietà, bensì per avere cagionato la lesione “al pieno godimento della propria abitazione, ovverosia a quello spazio essenziale per la serena esplicazione della persona”.³³²

Tuttavia, sulla scorta di una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla cassazione Penale con ordinanza del 20 maggio 2014 n. 20636 con riferimento all'art. 44 co II del D.P.R. 380/2001 come interpretato dalla Corte EDU nel caso Varvara, per assunto contrasto con gli artt. 2,9,32,41117 Cost.,³³³ inserito nel solco della giurisprudenza in materia di abusi edilizi inaugurato con il caso Punta Perotti, la Corte ha affermato che la Costituzione italiana riconosce come fondamentale non già il diritto di proprietà di per sé stesso, ma il “diritto di proprietà personale”, di modo tale che il risarcimento del danno non patrimoniale alla sua lesione non possa derivare

³³¹ Trib. Trieste, sent. del 9 dicembre 2013 n. 986.

³³² Allo stesso modo Tribunale di Genova, 7 ottobre 2010, ma anche G. SCOLA, *Il danno non patrimoniale tra lesione della proprietà e diritto all'abitazione*, in *La resp. civ.*, 2012, 284 e ss. Si veda per un approfondimento: <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/02/la-proprietà-e-un-diritto-inviolabile-ammessa-la-risarcibilità-del-danno-non-patrimoniale-da-lesione-della-proprietà/>.

³³³ È stata sul punto sollevata questione di legittimità costituzionale (con ordinanza 20 maggio 2014 n. 20636), dell'art. 44, comma 2, del D.P.R. 380/2001 come interpretato dalla Corte EDU (caso Varvara) per assunto contrasto con gli articoli 2, 9, 32, 41, 41, 117 Cost., la Corte ha affermato che: “la Costituzione della Repubblica Italiana [...] riconosce come fondamentale [...] non il diritto di proprietà senza aggettivi, ma il diritto di proprietà personale, quella riferibile al soddisfacimento dei bisogni primari dell'uomo” e più oltre che “il diritto di proprietà privata non costituisce un valore assoluto, un diritto fondamentale inviolabile, ma un diritto che esiste secondo la previsione della legge”.

semplicemente dalla lesione della proprietà, ma vi deve essere una connessa e conseguente lesione ad un diritto fondamentale inviolabile.³³⁴

Ciò nonostante, il Tribunale di Firenze, con sentenza del 21.01.2011, proponendo un'interpretazione evolutiva dell'art. 2059 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 Cost., aggiungerei in riferimento all'art. 117 Cost – 6 CEDU ha ritenuto risarcibile il danno non patrimoniale per lesione del diritto di proprietà *ex se* considerato, quale diritto esso stesso fondamentale, proprio avuto riguardo all'interpretazione che di esso ne ha dato la Corte EDU.

Se poi, oltre alla CEDU ci si riferisce alla Carta di Nizza la quale è stata comunitarizzata per effetto del Trattato di Lisbona, e dunque ha acquistato lo stesso valore giuridico dei trattati, la tutela della proprietà quale diritto fondamentale *ex se* tutelato ne risulta ulteriormente rafforzata.³³⁵ All'art. 17 essa statuisce infatti che “Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usare, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei

³³⁴ Invero, in materia di proprietà, ed in particolare con riferimento alla tutela del diritto di proprietà, nonostante la pronuncia Taricco segni un'importante evoluzione in punto di tutela, la giurisprudenza italiana, e più in generale l'ordinamento italiano, non hanno accolto a pieno l'ampia tutela accordata al diritto in parola, inteso a livello sovranazionale come diritto fondamentale, escluso dal novero di tali diritti per l'ordinamento italiano. La protezione piena del diritto di proprietà proclamata dalla Corte EDU deve infatti fare i conti con la teoria dei c.d. controlimiti, sul punto si veda A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti* (a margine di Corte Cost. n. 24 del 2017), in *La Consulta online*, 2017, fasc. 1, 81 ss. Si veda anche La Corte Europea dei diritti dell'uomo, 29 ottobre 2013, ricorso n. 17475/09, caso Varvara c. Italia. G. CIVELLO, *La sentenza Varvara contro Italia non "vincola" il giudice italiano: dialogo tra Corti o monologhi di Corti?* in *Arch. Pen.*, 2014, n. 2.

³³⁵ Sul punto, si veda autorevole dottrina D. LA ROCCA, *La patrimonializzazione dei diritti nella scienza giuridica europea*, in M.R. RUGGERI, R. PALLIDA, *Tra diritto e società. Studi in memoria di Paolo Beretta*, Catania, 2008, 149 e ss., la quale, riprendendo il pensiero di Rodotà, evidenzia l'importanza della Carta di Nizza nel sistema dei diritti fondamentali. Per riprendere le parole dell'A. “All'indomani della proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza 2000), Stefano Rodotà salutava l'evento quale importante elemento di «discontinuità», se non di vera e propria rottura del processo di costruzione europea, in quanto la Carta «sposta l'attenzione dalla sola logica economica a quella dei diritti, e dunque dalle imprese ai cittadini» Secondo Rodotà infatti, la costruzione di un sistema europeo di diritti fondamentali si pone «come necessario strumento di equilibrio di un mondo globalizzato dalle logiche dell'economia», e dimostra «che l'integrazione attraverso il mercato non può da sola costituire fonte di legittimazione per l'Unione». Sul punto si veda S. RODOTÀ, *Tra diritti e mercato: una cittadinanza europea possibile*, in G. BONACCHI, (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, 451 e ss. Ed ancora, l'A. sottolinea come “la lettura di Rodotà riassume in modo efficace uno dei principali fronti del dibattito in corso nella scienza giuridica europea sul valore e sul significato dell'affermazione della strategia dei diritti nel processo costituente europeo: la declaratoria dei diritti viene rappresentata quale fonte di legittimazione della stessa costruzione di un'Europa unita e, al tempo stesso, quale sorta di “controlimite” alla pervasività ed al predominio della logica di mercato.

beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale". La Carta può avere un'operatività dirette ed immediata e quindi può essere causa di disapplicazione delle norme interne con essa in contrasto nelle materie di competenza unionale, ovvero mero criterio interpretativo, al di fuori di tale materie, ma pur sempre con effetti "conformativi".

Ne deriva che, in ogni caso, il giudice interno innanzi al dubbio circa il risarcimento del danno non patrimoniale per violazione della proprietà privata dovrà fornire un'interpretazione conforme al dato normativo sovranazionale, con la conseguenza di accordare una tutela non patrimoniale al diritto di proprietà *ex se* considerato.³³⁶

A ciò si aggiunga peraltro che i diritti fondamentali "risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" consacrati dalla CEDU, quale quello di proprietà, fanno parte del diritto dell'Unione Europea in quanto principi generali.

3.8. *L'illecito "endo-familiare". Il tradimento ingiusto lascia il posto a quello solidale.*

L'analisi che segue si colloca nell'ambito delle ragioni che hanno spinto la giurisprudenza ad ampliare le voci di danno risarcibile a seguito di un illecito, al fine di garantire la salvaguardia della persona umana nelle sue innumerevoli sfaccettature. Il principio di solidarietà, come si avrà modo di osservare, influisce ancora una volta sul concetto stesso di ingiustizia ai fini della determinazione del danno risarcibile *ex art.* 2043 c.c.³³⁷

Uscendo per un attimo dall'ambito dell'analisi della struttura del risarcimento del danno non patrimoniale, al fine di evidenziare questa tendenza espansiva del sistema risarcitorio, si consideri l'atipicità dell'illecito *ex art.* 2043 c.c., che postula la rilevanza di "qualunque fatto", la quale se in una prima fase di indagine ha portato alla

³³⁶ Il processo che porta a tale conclusione è frutto di una progressiva "armonizzazione graduale" che si è avuta grazie all'influenza del diritto europeo. Questo ha portato nuovi concetti e nuove interpretazioni di vecchi retaggi che hanno permesso ai giudici di merito di assumere decisioni motivandole sulla base proprio del diritto europeo. Il fenomeno lo si rinviene sia a livello extracontrattuale, sotto il piano dei diritti fondamentali, sia soprattutto a livello contrattuale, con la c.d. "giustizia sociale" in rapporto con l'autonomia contrattuale. Per un approfondimento sul punto si veda D. LA ROCCA, *Giustizia sociale e diritto europeo dei contratti nella crisi economica*, 277 e ss., in A. CANTARO (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011. Si veda anche D. LA ROCCA, *La crisi dell'armonizzazione giuridica*, in S. Mangiameli, (a cura di), *The european crisis. Interpretation and answers*, milano, 2012.

³³⁷ M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 14, il quale sottolinea l'evoluzione circa la risarcibilità del danno nelle ipotesi di illecito endofamiliare, ripercorrendo l'iter giurisprudenziale sul punto.

considerazione che è necessario porre a fondamento dell'obbligazione risarcitoria quel bilanciamento di interessi tra la sfera del danneggiante e quella del danneggiato poc'anzi descritto, dettato appunto dalla clausola solidaristica, ancora prima avrebbe dovuto, a monte, portare a considerare che, proprio grazie all'art. 2 Cost., si possono e si devono selezionare quelle condotte causative di "danni ingiusti" che meritano risarcimento.

Ci si riferisce agli illeciti endo - familiari, sanzionati *ex art.* 2043 c.c., nonché alla discussa responsabilità omissiva per mancato soccorso. In entrambi i casi rileva evidenziare il ruolo espansivo e la portata dell'art. 2 Cost. nel riconoscere una tutela risarcitoria *ex art.* 2043 c.c.³³⁸

Nonostante l'inarrestabile *vis expansiva* del filone giurisprudenziale formatosi a partire dagli anni '80 e cristallizzatosi con le celebri "sentenze gemelle" (n. 8827-8828 del 2003), all'interno della famiglia, la violazione dei doveri coniugali, in particolare gli artt. 143 e 147 c.c., è risultata per molto tempo frustrata. Ciò è dovuto, per un verso alla superiore esigenza di preservare l'integrità del nucleo familiare che poteva essere intaccata da una domanda risarcitoria nei confronti di un membro della stessa, per altro verso si riteneva che la stessa non potesse essere sussunta nell'art. 2043 c.c. in quanto già sanzionata dalle norme speciali, quali quelle sull'assegno di mantenimento, l'addebito della separazione e del divorzio, e l'art. 570 c.p.³³⁹

La menzionata "immunità" circa le conseguenze della violazione dei doveri coniugali era legata alla funzione della responsabilità civile, appiattita sul concetto di danno ingiusto quale lesione di un diritto soggettivo. Alla stregua di ciò, la tutela risarcitoria poteva essere accordata unicamente ove l'infedeltà avesse cagionato un danno alla salute oppure qualora il fatto integrasse gli estremi di un reato potendosi così

³³⁸ FACCI G., *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, *Fam. Dir.* (2009), 125 e ss.; Corte Cost. 11 luglio 2003 n. 233, in *Foro It.* (2003), I, 2201 e ss., con nota di E. NAVARRETTA: *Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*; Cass. 31 maggio 2003 nn. 8828 e 8828, in *Danno resp.* (2003), 818 e ss., con nota di F.D. BUSNELLI: *Chiaroscuri d'estate: la Corte di Cassazione e il danno alla persona*.

³³⁹ P. VIRGADAMO: *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. pers.* (2006), 1894 e ss. Si veda anche G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Torino (2011). Il problema si è posto, naturalmente, per la sola applicabilità dell'art. 2043 c.c., posto che vi sono talune ipotesi tipiche espressamente disciplinate. Si pensi, ad esempio, al risarcimento del danno previsto nell'ipotesi di rottura ingiustificata della promessa di matrimonio (art. 81 c.c.); al risarcimento del danno derivante dall'invalidità del matrimonio, imputabile al coniuge in mala fede (art. 129 bis c.c.); o ancora all'art. 709 *ter* c.p.c. il quale prescrive la risarcibilità del danno a favore del figlio o del genitore incolpevole nelle ipotesi di "di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento".

verificare un danno morale. È solo a partire dalla rilettura dell'art. 2059 c.c. attraverso l'art. 2 Cost. che si comprende l'importanza di accordare un risarcimento alla violazione di diritti inviolabili, seppure questa avvenga all'interno della famiglia.

Ed infatti, a partire dalla storica sentenza della Suprema Corte del 2005,³⁴⁰ poi confermata anche da una pronuncia del 2011,³⁴¹ si è osservato che l'obbligo di fedeltà non è un dovere solo morale o a giuridicità limitata, che prevede la sola sanzione del diritto di famiglia bensì è un dovere giuridico oltre che inderogabile, in quanto ad esso corrispondono diritti fondamentali della persona *ex art. 2 e 29 Cost.* È infatti necessario considerare che le norme speciali potrebbero prevalere sulla norma generale dell'art. 2043 c.c. solo ove ne condividessero la stessa funzione. Tuttavia, così non è. Le norme speciali sull'addebito della separazione o il divorzio, così come quella sull'assegno di mantenimento, e chiaramente l'art. 570 c.p. hanno chiaramente funzione sanzionatoria, non già riparatoria come l'art. 2043 c.c. di conseguenza, stante la diversa funzione, non si può escludere l'operatività dell'illecito aquiliano.

Per vero, un altro caso di concorso tra norme speciali e norma generale *ex art. 2043 c.c.* si ha anche nel campo amministrativo laddove si è sostenuta la non sanzionabilità aquiliana dei limiti posti all'esercizio del potere pubblico. È però necessario considerare che l'illecito *ex art. 2043 c.c.* non sanziona solo la violazione di un diritto assoluto, bensì qualsiasi interesse giuridicamente rilevante anche se non ricavabile da norme puntuali bensì da principi generali, valori fondamentali e parametri costituzionali: ad esempio si sanziona la violazione del possesso, della detenzione, della chance, dell'aspettativa, dell'interesse legittimo e dei diritti relativi. Ne deriva che le tutele specifiche previste dal diritto amministrativo, non escludono l'operatività della più generale tutela aquiliana: ecco dunque che accanto alla tutela di annullamento del provvedimento amministrativo lesivo va riconosciuta parallelamente la tutela risarcitoria per il danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio del potere pubblico. In altre parole, la lesione dell'interesse legittimo è lesione di un interesse giuridicamente rilevante che giustifica la sussistenza di un illecito aquiliano.³⁴²

³⁴⁰ Cass. Civ., sez. III, 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giur. It.*, (2006), 4, 691.

³⁴¹ Cass. Civ., sez. III, 4 maggio 2011, n. 18853, in *Dir. fam. pers.*, (2012), 1, 174, con nota di E. GIACOBBE: A. Trabucchi, *un profeta inascoltato!* *ivi*, (2012), 4, 1447, con nota di C. PETTA, *Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità.*

³⁴² Si veda sul punto G. DE MARZO, *Responsabilità civile nelle relazioni familiari tra esigenze di tutela e categorie formali*, in *Corr. giur.*, 2002, 1219 ss., in nota a Trib. Milano, 7 marzo 2002 (*ivi*, 1211 ss.).

Ciò premesso al fine di inquadrare la problematica in esame, conducendone un'analisi storica, si evince che la configurabilità di una responsabilità da illecito endo-familiare è strettamente connessa all'evoluzione dei rapporti all'interno del nucleo familiare avvenuta a seguito dell'avvento della Costituzione e della Legge sul divorzio del 1970 e la successiva riforma del diritto di famiglia del 1975. La nuova disciplina comprova infatti che i rapporti di famiglia si sono definitivamente affrancati dalla dimensione pubblicistica per inserirsi in una strettamente privata. La famiglia, venuto meno il *pater familias* e con esso la sua autorità, non è più vista come un luogo di mortificazione e di sottomissione del singolo, bensì una sede di autorealizzazione e di crescita, nell'ambito della quale il soggetto viene e deve essere garantito ancora prima che come coniuge, come persona, *ex art. 2 Cost.* Di qui il dubbio se la violazione di tali diritti possa o meno configurare una responsabilità *ex art. 2043 c.c.* Il dubbio che si pone non è relativo al caso in cui a ledere il diritto sia un soggetto terzo rispetto alla famiglia (illecito c.d. eso-familiare), per il quale è pacifica l'applicazione dell'*art. 2043 c.c.*, bensì quando a farlo è un soggetto interno ad essa (illecito endo-familiare).³⁴³

Il tradizionale e più risalente orientamento della giurisprudenza contrario al riconoscimento di una responsabilità aquiliana per l'illecito endo-familiare era fondato su due problemi di fondo: l'assenza di doveri giuridici all'interno della famiglia, caratterizzata da meri doveri morali, e l'assenza di un danno ingiusto.³⁴⁴

Tale orientamento, in particolare, muoveva oltre che dalla considerazione della necessità di preservare la famiglia da spinte disgregatrici, sul piano normativo dalla considerazione che all'interno della famiglia non vi sarebbero veri e propri doveri giuridici, con conseguente incoercibilità dei loro contenuti. Si voleva anche sottolineare, come già accennato, l'assoluta completezza del diritto di famiglia rispetto ad altre branche dell'ordinamento civile, di talché, in ossequio al principio di specialità, non potrebbe trovare applicazione il principio generale del *neminem laedere* sotteso alla previsione normativa di cui all'*art. 2043 c.c.* In altre parole, la violazione dei doveri familiari posti dall'*art. 143 c.c.* aveva senz'altro conseguenze anche patrimoniali tra i coniugi, ma queste erano già strettamente individuate e sanzionate dai rimedi tipici del

³⁴³ M. PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5 e ss. Per un inquadramento del tema per quel che concerne la violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale, Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Danni civili*, n. 239.

³⁴⁴ M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endo-familiare*, cit., 14 ss.

diritto di famiglia, ad esempio mediante l'addebito della separazione, *ex art. 151 co II c.c.*³⁴⁵

Ulteriore considerazione è stata quella di evitare che il coniuge avesse remore nel richiedere la separazione, minacciato dal potenziale utilizzo distorto dello strumento risarcitorio da parte dell'altro, con evidente lesione del diritto all'autodeterminazione. Ciò avrebbe potuto comportare un "danno da separazione o divorzio" *ex art. 2 Cost.* Si aggiunge che molti ritenevano che non vi fosse in tali casi un danno ingiusto, e dunque mancasse un requisito strutturale dell'art. 2043 c.c., posto che la tutela risarcitoria presuppone la lesione di una posizione giuridica soggettiva attiva tutelata come diritto perfetto, che non può essere certo ravvisata nell'addebito della separazione ad un coniuge, poiché la separazione personale stessa non può essere ravvisata quale danno ingiusto, costituendo essa stessa un diritto che garantisce la libertà della persona.

Tale orientamento prevalente e restrittivo ha subito però forti critiche proprio con l'avvento della Legge del 1975 alla quale è seguita la "privatizzazione del diritto di famiglia" e la parallela esigenza di iniziare a salvaguardare il singolo anche all'interno del nucleo familiare.³⁴⁶ All'assunto della pretesa esaustività del diritto di famiglia, si è obiettato che essi molto spesso risultavano inadeguati a fronte di condotte particolarmente gravi con esiti paradossali: si sarebbe cioè negata la tutela risarcitoria a fronte di situazioni passibili di essere qualificate quali comportamento illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ecco che una simile restrizione comportava un *vulnus* alla Carta Fondamentale, posto che l'assenza di tutela in presenza della violazione di diritti fondamentali della persona, seppure all'interno di un nucleo familiare da proteggere, rappresentava una palese violazione degli artt. 2, 29 e 30 della Costituzione.

Di qui si è iniziata a considerare l'inadeguatezza dei rimedi tipici del diritto di famiglia: in particolare si evidenzia che l'addebito della separazione *ex art. 151 co II c.c.* (principale sanzione), non rappresenta un'adeguata tutela risarcitoria. Lo stesso art. 5 Legge sul Divorzio che prevede l'assegno divorzile appare inadeguato, posto che è parametrato alle condizioni economiche della coppia, non già al pregiudizio effettivamente sofferto. Gli stessi artt. 146 c.c. finalizzato al ripristino della coabitazione

³⁴⁵ G. FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, Roma-Bari, 2005, 118 e ss.

³⁴⁶ Cass. 10 aprile 2012, n. 5652, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Responsabilità civile*, n. 223; nel caso oggetto della pronuncia la violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione, ha determinato "un *vulnus*, dalle conseguenze di entità rimarchevole ed anche, purtroppo, ineliminabili, a quei diritti che, scaturendo dal rapporto di filiazione, trovano nella Carta costituzionale (in part., artt. 2 e 30), e nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento un elevato grado di riconoscimento e di tutela".

e l'art. 342 *bis* c.c. rubricato “ordine di protezione contro gli abusi familiari” pur salvaguardando l'integrità fisica e morale, non consentono un'adeguata tutela risarcitoria. Ciò si risolveva in una mancata adeguata tutela a fronte della lesione di diritti fondamentali.

A seguito della riforma del 1975 non dovrebbero sussistere dubbi circa la giuridicità degli obblighi assunti con il matrimonio. Inoltre l'assenza di una norma giuridica nel Codice Civile che sancisca la risarcibilità dell'illecito endo-familiare non potrebbe significare l'irrilevanza del fatto per l'ordinamento, posto che in luogo di una (inutile) norma speciale vi è il principio generale di cui all'art. 2043 c.c.³⁴⁷

L'intero dibattito è stato influenzato dall'evoluzione giurisprudenziale avutasi attorno all'art. 2059 c.c., ed in particolare la rilettura costituzionalmente orientata dello stesso, al fine di farne salva la legittimità costituzionale per il suo eccessivo atteggiamento restrittivo. Sulla base del combinato disposto dell'articolo in parola con l'art. 2 Cost., si è così potuta ampliare la tutela risarcitoria anche all'interno dell'ambito familiare, posto che la lesione di un diritto fondamentale della persona deve necessariamente trovare ristoro, al sussistere di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., considerando la famiglia un luogo di realizzazione dei diritti irrinunciabili, nonché crescita e realizzazione della persona umana.³⁴⁸

Tuttavia, è bene precisare la distinzione tra la violazione dell'obbligo di fedeltà, che si risolve semplicemente in un danno evento, e le condotte che ne possono derivare, quali danno conseguenza al fine di poter riconoscere un danno risarcibile. È cioè necessario che la condotta illecita violativa della fedeltà coniugale, cagioni ad esempio, un danno alla salute del coniuge tradito, si da poter trovare tutela risarcitoria, con conseguente netta distinzione tra danno ingiusto (riferito alla condotta illecita) e danno anche risarcibile (riferito alle conseguenze sulla salute). Di talché la mera violazione dei

³⁴⁷ S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano (1984), 51; Id.: *Famiglia e responsabilità civile, un lungo itinerario*, in AA.VV., *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, Torino (2011).

³⁴⁸ Di qui la problematica relativa alla risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da illecito familiare in formazioni sociali diverse dalla famiglia, ma ad essa per certi versi equiparate, quali ad esempio la convivenza *more uxorio*. Si veda sul punto G. F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 92 e ss., il quale, con riferimento alla possibilità che l'illecito sia posto in essere anche nel contesto di rapporti “parafamiliari” rinvia “ai casi in cui l'illecito sia compiuto contro il figlio naturale, dal genitore che mai lo ha introdotto nella propria famiglia, o a casi in cui l'illecito corra tra genitori non legati dal matrimonio, e neppure da una convivenza *more uxorio*. In questi casi, è chiaro che gli attori della vicenda risarcitoria non fanno parte della stessa comunità, o, se si vuole, della stessa istituzione familiare”.

doveri coniugali non potrebbero comportare, di per sé stessi, una responsabilità risarcitoria.

Secondo la Cassazione del 2011 di cui poc'anzi si è fatto cenno, lo schema risulta dunque semplice: se il coniuge viola uno dei doveri (giuridici) di cui all'art. 143 c.c., qualora ciò cagioni una lesione ad un diritto costituzionalmente garantito, ed al di fuori delle ipotesi di reato, questi può essere responsabile civilmente dei danni cagionati ex art. 2059 c.c. (riletto nella sua maggiore apertura grazie al combinato disposto con l'art. 2 Cost.) ed ex art. 2043 c.c.³⁴⁹

Di qui la netta differenza tra danno ingiusto e danno risarcibile: non si può cioè permettere alcun automatismo tra violazione dell'obbligo di fedeltà e risarcimento del danno a favore di chi lo subisce. È necessario infatti, per il tramite della clausola di ingiustizia sottesa all'art. 2043 c.c., porre in essere un bilanciamento di interessi, tipicamente attivato dalla solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. sottesa al concetto stesso di ingiustizia, al fine di valutare se debba prevalere la sfera del "tradito" ovvero la libertà e l'autonomia dell'autore della condotta. Si deve quindi porre un bilanciamento tra la libertà della persona ed i doveri di solidarietà all'interno della famiglia, al fine di verificare se la violazione dei doveri familiari sia o meno un danno "che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale".³⁵⁰

Per vero, non appare del tutto chiaro il motivo per il quale essa senta la necessità di richiamare la violazione dell'art. 143 c.c. posto che, se si tratta di diritti fondamentali, la loro semplice violazione dovrebbe per ciò solo trovare adeguato ristoro a prescindere dalle norme del c.c., proprio in virtù dell'art. 2 Cost.

³⁴⁹ C. NASSETTI, *L'illecito endofamiliare fa ingresso nella famiglia di fatto*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2013, 6, 1882. In particolare, si veda M. PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, che ritiene risarcibile ex 2043 il danno non patrimoniale derivante dalla violazione dei doveri matrimoniali. Cass. 21 marzo 2013, n. 7128, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Danni civili*, n. 180, sancisce il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito al convivente *more uxorio* del danneggiato, se risulta dimostrata una relazione caratterizzata da tendenziale stabilità e da mutua assistenza morale e materiale.

³⁵⁰ SSUU n. 500 del 22 luglio 1999, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 981. In particolare, si veda M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?* in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2005, ss.: "il binomio famiglia-responsabilità può essere considerato un approdo interpretativo e sistematico relativamente recente nella giurisprudenza italiana, che solo da pochi anni pare essersi emancipata dall'idea che le relazioni familiari e, in particolare, le condotte poste in essere in violazione degli obblighi coniugali e genitoriali possano restare immuni da valutazioni giuridiche compiute sul piano dell'ingiustizia del danno e della necessità di garantire l'adeguato ristoro ai pregiudizi della personalità dei singoli componenti della famiglia".

Un ulteriore interrogativo sul punto è il fatto di riconoscere in tali casi una responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. in luogo di quella extracontrattuale. Se infatti i doveri assunti con il matrimonio sono pienamente giuridicizzati, la violazione di un pregresso obbligo giuridico derivante da un'obbligazione nascente dalla legge dovrebbe comportare, ex art. 1173 c.c., una responsabilità di natura secondaria, derivante appunto da un obbligo precedentemente assunto, non già una responsabilità primaria tra soggetti "estranei" tra loro.

In realtà una possibile risposta potrebbe essere intravista nell'assenza di contenuto patrimoniale dei doveri all'interno della famiglia, posto che essi hanno natura personale non già patrimoniale. Del resto, lo stesso Codice conferma l'assenza della possibilità di rendere coercibile e dunque ottenere coattivamente l'adempimento dell'obbligazione familiare da parte dell'altro coniuge, se non unicamente in relazione al mantenimento dei figli, ex art. 148 c.c. Se si considera infatti il dovere di fedeltà, l'unica reazione possibile innanzi alla sua violazione è l'art. 2043 c.c. Se però si pensa all'obbligo di contribuzione di cui all'art. 143 co III c.c., essendo previsto uno strumento di coazione, ed avendo lo stesso carattere patrimoniale, potrebbe ben rientrare nell'inadempimento di un'obbligazione e dunque potrebbe continuare ad operare una responsabilità ex art. 1218 c.c.

La tendenza espansiva del fenomeno risarcitorio all'interno della famiglia è stata da ultimo confermata estendendo la stessa anche al convivente *more uxorio*.³⁵¹ La Corte, in recenti pronunce, ha statuito che l'intensità dei doveri matrimoniali non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente al matrimonio stesso, imponendo loro, pur in mancanza di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di costituire quest'ultimo un obbligo di lealtà, correttezza e solidarietà.

La violazione dei diritti fondamentali della persona sarebbe configurabile anche all'interno delle unioni di fatto che abbiano le caratteristiche di serietà e stabilità, con la conseguente tutela accordata ex art. 2 Cost., essendo anche la famiglia di fatto una formazione sociale entro la quale si svolge la personalità dell'individuo.³⁵² Di qui la conferma dell'ulteriore portata espansiva della clausola solidaristica all'interno del sistema della responsabilità civile.

³⁵¹ F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, (1983), E. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (1980) 697 e ss.; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi, artt. 143 – 148*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, (1990), 91 e ss.

³⁵² Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2012, n. 4148, *Dir. fam. pers.* (2012), 696.

Se da un lato si amplia la tutela risarcitoria, per altro verso è necessario, del pari, considerare il rischio che accordando troppo latamente la stessa all'interno della famiglia si potrebbero incentivare spinte disgregatrici in netto contrasto con l'unità familiare.³⁵³ Con ciò non si vuole negare la bontà delle argomentazioni che hanno legittimato la tutela risarcitoria all'interno del nucleo familiare, peraltro legittime in presenza di una tutela tipica insufficiente nell'ottica schiettamente risarcitoria, ma solo evidenziare che accanto alla tendenza espansiva, è bene considerare un argine volto a contenerne appunto questa espansione. Più nel dettaglio, si è detto che la semplice violazione dei doveri familiari, o la semplice pronuncia di addebito della separazione non comporta *ex sé* ed automaticamente la tutela risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c.³⁵⁴ Per contro, si dovranno riscontrare tutti i presupposti per l'applicazione dell'art. 2059 c.c. nonché la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano. Anche in questo caso, come già ampiamente analizzato a proposito della quantificazione del danno da illecito extracontrattuale, l'ingiustizia del danno può rappresentare un utile "filtro" al riconoscimento della tutela risarcitoria.³⁵⁵ Ciò chiama in capo il giudice il quale nel valutare l'esistenza di un'ingiustizia del danno dovrà effettuare un bilanciamento con le libere esplicazioni della personalità dei coniugi, e la necessità della loro tutela in rapporto alla solidarietà in ambito familiare. Tuttavia, proprio con riferimento a quella soglia minima di tollerabilità imposta dalle stesse Sezioni Unite San Martino, la giurisprudenza ha specificato che non sono da considerare rilevanti, ai fini risarcitori, "i comportamenti di minima efficacia lesiva, suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza, ma unicamente a quelle

³⁵³ G. FACCI, *L'illecito end-ofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2005, 4, 365 e ss. C. PETTA, *Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito end-ofamiliare e sulla sua estensibilità all'interno della famiglia di fatto*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, 1, 257 e ss., commentando, Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Danni civili*, n. 239.

³⁵⁴ M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?* in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2005, e ss.: secondo il quale "il binomio famiglia-responsabilità può essere considerato un approdo interpretativo e sistematico relativamente recente nella giurisprudenza italiana, che solo da pochi anni pare essersi emancipata dall'idea che le relazioni familiari e, in particolare, le condotte poste in essere in violazione degli obblighi coniugali e genitoriali possano restare immuni da valutazioni giuridiche compiute sul piano dell'ingiustizia del danno e della necessità di garantire l'adeguato ristoro ai pregiudizi della personalità dei singoli componenti della famiglia".

³⁵⁵ F. GAZZONI: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, *Dir. fam. pers.* (2009), 73 e ss.; Id.: *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, *Resp. civ. prev.* (2003), 1292 e ss.; Id.: *Alla ricerca della felicità perduta (psico-favola fantagiuridica sullo psico-danno psic-oesistenziale)*, in *Riv. dir. comm.* (2001), 691 e ss.

condotte che per loro intrinseca gravità si pongono come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona”.³⁵⁶

3.9. *L'obbligo di soccorso difensivo ex art. 2 Cost., contrasto giurisprudenziale e prospettiva critica.*

Per quel che concerne l'illecito omissivo in campo civile è necessario volgere lo sguardo, ai fini di un raffronto, al sistema penalistico. In esso, la responsabilità omissiva è tipica, in quanto prevista da specifici illeciti omissivi, oppure atipica, regolata dall'art. 40 cpv c.p. In quest'ultimo caso sussiste solo in presenza di una posizione di garanzia in capo a soggetti ritenuti per ciò “garanti”. Va da sé che non può incombere sulla generalità dei consociati il c.d. obbligo di intervento.³⁵⁷

Anche per il diritto civile potrebbe dirsi astrattamente configurabile l'illecito omissivo, ed esso può analizzarsi sotto due diverse prospettive: dal lato del soggetto danneggiato che omette di attivarsi al fine di ridurre le proprie conseguenze dannose e dal lato del soggetto terzo che si trovi di fronte alla necessità di intervenire in soccorso di chi già si trova in difficoltà.³⁵⁸

Il primo profilo è già stato approfondito con l'analisi dell'operatività dell'art. 1227 c.c., quello che qui particolarmente interessa è invece il secondo dei due profili prospettati.

In via generale, in ambito civile, il comportamento omissivo dovrebbe ricondursi all'art. 2043 c.c., e pertanto dovrebbe dirsi atipico. Ecco che, per ammetterlo, bisognerebbe sostenere che, *ex art. 2 Cost.*, sussisterebbe in capo ai consociati un generale obbligo solidaristico di soccorso, ossia di un comportamento positivo o anche omissivo comunque volti a tutelare un diritto altrui, pur in assenza di un precedente vincolo specifico. Qualora tale vincolo sussistesse (per esempio per effetto di un obbligo di protezione derivante da un contratto ovvero da un contatto sociale) non si

³⁵⁶ Cass. Civ., sez. II, 10 maggio 2005, n. 9801; Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2012, n. 610, la quale richiede “la prova di condotte specifiche, dotate di intrinseca gravità”.

³⁵⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, 2012, 215 - 216, i quali ritengono che sia *contra legem* la pretesa di configurare una responsabilità *ex art. 40 II comma c.p.* svincolata ed a prescindere dall'esistenza di norme giuridiche che impongano di attivarsi per impedire l'evento. Postulano, in altre parole, la tipicità dell'obbligo di attivarsi che fa scattare la posizione di garanzia nell'ambito del diritto penale.

³⁵⁸ Fuoriesce dall'ambito dell'analisi il caso in cui il garante sia invece vincolato *ex contractu* ad intervenire, in tale caso nessun dubbio sussiste circa l'obbligo di attivarsi. Si veda sul punto G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 217 e ss., precisando però che in tal caso “L'obbligo di impedire l'evento nascente da contratto sorge a partire non dal momento pattuito tra le parti, bensì dal momento in cui l'obbligato assume effettivamente e materialmente l'incarico”.

potrebbe chiaramente più parlare di illecito aquiliano, ma ciò che verrebbe in rilievo è un semplice inadempimento contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Invero, sul punto la giurisprudenza è divisa tra quanti escludono il generale obbligo di soccorso, ed in particolare escludono che l'illecito civile omissivo possa essere atipico, e quanti invece lo ammettono, fondando appunto l'obbligo di intervento sul principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost.

Una prima parte della giurisprudenza, più rigorosa, esclude che l'illecito civile omissivo sia atipico, e crea una netta frattura tra illecito commissivo, questo sì atipico, e illecito omissivo, tipico, al pari dell'illecito penale, mutuandone la causalità materiale *ex art. 40 cpv c.p. del reato omissivo improprio*.³⁵⁹ Per la sua sussistenza sarebbe dunque necessaria una posizione di garanzia data da doveri di protezione o di controllo che possono derivare dalla legge, da un contratto, da una precedente attività pericolosa, non già da un principio generale che renderebbe tali obblighi "atipici".

Per meglio comprendere l'assunto è necessario dunque aprire una piccola parentesi sulla responsabilità omissiva di cui al citato art. 40 cpv c.p. Il sistema penale prevede due forme di omissione: il reato omissivo "proprio" e quello "improprio". Tale distinzione si può basare su un criterio formale ovvero sostanziale.

Il primo ritiene che ai fini della configurazione di una fattispecie omissiva penalmente rilevante si debba guardare alla *modalità* con cui il legislatore ha tipizzato la fattispecie: se vi è cioè una specifica previsione normativa che incrimina una condotta omissiva essa deve dirsi "propria", se invece l'incriminazione di una condotta omissiva deriva dalla combinazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv c.p. con una fattispecie che è costruita come commissiva, si ha il reato omissivo "improprio".

Il criterio *sostanziale* guarda invece alla struttura della norma: il reato è omissivo "proprio" quando la condotta incriminata è il mancato compimento dell'azione

³⁵⁹ Per alcuni spunti in merito al reato omissivo, si veda il celebre pensiero di F. CARNELUTTI, *Illiceità penale dell'omissione*, in *Annali*, 1933, 4-5: "Anche per i reati commissivi, in cui l'azione è causa dell'evento *stricto sensu*, la responsabilità penale è subordinata al dovere giuridico di non cagionare. Ciò deriva dalla natura stessa del reato, che è un atto illecito, cioè la violazione di un dovere. Se chi spara contro un altro un colpo di pistola, è punito, vuol dire non solo che egli ne ha cagionato la morte o la lesione, ma che aveva il dovere di non cagionarla. Tanto è vero che, se spara un soldato di un plotone di esecuzione contro un condannato a morte, non c'è la responsabilità per quanto ci sia la causalità, perché c'era, invece, il dovere di uccidere. Ma quando si tratta di commissione e così di causalità *stricto sensu*, la statuizione del dovere di non cagionare il danno è implicita nella norma penale; "chi uccide è punito" vuol dire: "non si deve cagionare la morte". Invece per la omissione, occorre che un'altra norma stabilisca il dovere di impedire il danno. Non basta dire che: "chi uccide è punito" per dedurre che si ha il dovere non solo di non cagionare la morte, ma anche di impedirla. La punibilità della omissione, avente valore causale (*lato sensu; rectius* condizionale) del danno è subordinata alla esistenza di un'altra norma la quale costituisce l'obbligo di non impedire".

prescritta dalla norma senza che rilevi il verificarsi dell'evento, che non fa parte appunto della struttura del reato. Mentre è "impropria" la fattispecie omissiva che incrimina non tanto il fatto in sé di non avere tenuto una condotta prescritta dalla legge, bensì il fatto di non avere impedito un evento che ha consumato il reato astrattamente previsto. In questo caso il verificarsi dell'evento è un elemento costitutivo della fattispecie.

Più nel dettaglio, gli elementi costitutivi della fattispecie in parola sono la condotta omissiva, l'evento costitutivo il cui mancato impedimento consuma la fattispecie, il rapporto di causalità tra l'omissione ed il mancato verificarsi dell'evento, è la così detta "causalità omissiva". A monte però vi deve essere un obbligo giuridico di impedire l'evento, ossia vi deve essere una posizione di garanzia. La stessa si desume dall'art. 40 c.p. che incrimina "il non impedire un evento *che si ha l'obbligo giuridico di impedire*, equivale a cagionarlo".³⁶⁰ Pertanto, l'analisi circa l'estensione del reato omissivo improprio, e dunque della rilevanza di una condotta omissiva passa per l'analisi dell'ampiezza della posizione di garanzia. Tanto maggiore essa è, tanto più estesa sarà la rilevanza di una condotta omissiva, determinando quella "equivalenza" tra chi commette il delitto e chi si "limita" a non impedirlo, pur avendo l'obbligo di farlo.

Come si può notare, questa clausola di equivalenza finisce operativamente per ampliare l'ambito del penalmente rilevante, posto che, al di fuori delle condotte tipicamente costruite come omissive dal legislatore, vi sono quelle che lo diventano per effetto della clausola di equivalenza pur essendo costruite come fattispecie tipicamente commissive, richiedenti cioè una condotta attiva al fine di integrare la fattispecie penale.³⁶¹

Per capire la portata della fattispecie omissiva bisogna innanzitutto capire chi può rivestire la posizione di garanzia e dunque dover rispondere penalmente del mancato impedimento dell'evento. Ci si chiede in altre parole quali siano i criteri per individuare i garanti, ossia i soggetti che rispondono per non avere impedito l'evento, ovvero per avere tenuto la condotta omissiva direttamente incriminata dalla norma di parte speciale.

Venendo all'analisi del reato omissivo improprio, i suoi elementi costitutivi sono la condotta omissiva, l'evento, il nesso di causalità tra la prima ed il secondo, e la posizione di garanzia a monte.

³⁶⁰ F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Soc. An. Istituto editoriale scientifico, Milano, 1928, 73 ss.; Id., *L'evento e il nuovo cod. pen.*, in *Riv. it.*, 1932, 18, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2009, 171.

³⁶¹ G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, 1979, 179 e ss.

Secondo una prima visione detta “formale”, in omaggio al principio di riserva di legge di cui all’art. 25 Cost., l’obbligo di impedire l’evento, e dunque di attivarsi per fare in modo che non si verifichi, è individuato dalla legge, sia essa penale o extrapenale.³⁶² Può derivare altresì da un contratto, e dunque da un precedente obbligo giuridico assunto dalle parti per effetto della loro autonomia *ex art.* 1321 c.c., ovvero ancora dall’aver svolto una precedente attività pericolosa dalla quale sorgerebbe un obbligo di neutralizzare la fonte di pericolo.³⁶³

Secondo una diversa visione, quella “funzionale su base fattuale” la posizione di garanzia non sarebbe individuata dalla fonte dell’obbligo, ma serve verificare il fatto: è tenuto cioè ad evitare l’evento il soggetto che ha una signoria sulle condizioni di verifica dell’evento, in modo tale che per effetto di questa signoria abbia davvero e concretamente le possibilità di impedire il verificarsi del fatto.³⁶⁴

Tuttavia, tale impostazione è criticata proprio con riferimento al principio costituzionale di riserva di legge, in omaggio al quale l’elemento costitutivo della fattispecie omissiva, ossia la posizione di garanzia, richiede una sua espressa previsione normativa, non può cioè essere desunta “fattualmente” dalle condizioni concrete nelle quali si trova ad essere il soggetto al momento del verificarsi dell’evento.

Secondo una terza teoria, detta “mista” in quanto cerca di combinare le precedenti visioni, sarebbero cinque gli elementi da valutare per verificare se possa sussistere una posizione di garanzia e dunque un obbligo giuridico di impedire l’evento.³⁶⁵ Il primo è la giuridicità della fonte, in omaggio appunto al principio di legalità ed al principio di riserva di legge, il secondo è un obbligo caratterizzato dalla specificità, in omaggio al

³⁶² Di questo avviso F. ANTOLISEI, *L’azione e l’evento nel reato*, 1928, 26 e ss., F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen e proc.*, 199, 622,

³⁶³ S. FIORE, C. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, vol. I, Torino, 2004, 240 e ss., i quali osservano in modo critico che negli ultimi anni la dottrina italiana ha manifestato un vivace e crescente interesse per il tema”.

³⁶⁴ F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà, e di responsabilità personale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 339, il quale mette bene in evidenza pregi e difetti della concezione funzionale. In particolare, secondo l’A. “suo merito: l’individuazione di un criterio generale per selezionare, tra la molteplicità dei doveri di agire, gli autentici obblighi di garanzia e il conseguente contributo alla delimitazione del reato omissivo improprio. Suoi limiti: a) il contrasto, fondando essa l’obbligo di garanzia su criteri fattuali, col principio di legalità – riserva di legge; b) il non adeguato soddisfacimento del principio di legalità – tassatività, [...]; c) la perpetuazione, attraverso la tendenza a derivare l’obbligo di garanzia anche dalla precedente azione pericolosa del soggetto, della mai dissipata confusione tra causalità attiva e causalità omissiva”.

³⁶⁵ F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, 626, cit. Anche la teoria mista, oggi maggiormente seguita tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, non è esente da critiche. In particolare, sul punto si veda R. ALAGNA, *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro It.*, 2001, II, 222 e ss., secondo l’A. “il rischio di una tale impostazione è quello di cumulare gli svantaggi delle teoriche precedenti piuttosto che costituirne una sintesi migliorativa”.

principio di tassatività e precisione, serve cioè che l'obbligo oltre ad essere normativamente previsto, sia anche specificatamente individuato, in modo tale che esso non sia troppo "generico".

Di talchè, alla luce di questa impostazione, sarebbe senza dubbio troppo generico l'art. 2 Cost., il quale imporrebbe di attivarsi tutte le volte in cui è ritenuto *solidalmente opportuno*. È altresì richiesta la specificità dei beneficiari della posizione di garanzia, proprio in omaggio al principio di solidarietà, ossia è necessario che la fonte preveda un obbligo a favore non già della generica collettività, bensì di soggetti che si trovano in situazioni particolari. Inoltre, i garanti, ossia i soggetti sul quale grava l'obbligo di attivarsi devono trovarsi in un rapporto specifico con il bene che deve essere protetto, posto che in omaggio al principio di libertà, l'obbligo di vigilanza non può incombere su tutti i consociati. Da ultimo, forse dato più importante in quanto unisce una prospettiva teorica ad una estremamente pratica, vi è la necessità che sussistano effettivi poteri impeditivi dell'evento in capo al garante, perché, diversamente opinando, se nonostante l'assenza di un potere impeditivo gli fosse comunque addebitato l'evento, sarebbe vulnerato il principio di personalità della responsabilità penale.

Bisogna poi distinguere tra posizione di protezione che è quella che grava su chi deve proteggere un bene altrui, avendo un certo legame con il titolare del bene da proteggere, stante l'impossibilità del titolare stesso di farlo, e posizione di controllo di una fonte di pericolo, che sussiste tutte le volte in cui il garante ha una posizione di dominio su un oggetto o un'attività pericolosa che l'ordinamento vuole porre sotto la protezione di un garante per evitare che ne possa derivare un danno.

Ulteriore distinzione è tra la posizione di garanzia, che può fondare una responsabilità omissiva ed il mero obbligo di sorveglianza, che sussiste in tutti i casi in cui una norma di legge impone il dovere di vigilare ma con l'unica finalità di costringere il vigilante ad informare il titolare o il garante dei fatti omissivi che il vigilato pone in essere, senza però riconoscere al vigilante il potere di intervenire. Risponderà pertanto solamente di un'eventuale omessa vigilanza sul piano civile contrattuale, per avere omesso un'obbligazione giuridicamente tale, senza alcuna rilevanza omissiva da un punto di vista penale.

Alla luce dunque dell'analisi della posizione di garanzia penalistica, ci si chiede se la solidarietà sociale, che certo in campo civilistico impone doveri anche positivi di attivarsi, e non solo in campo contrattuale ma anche extracontrattuale - valga a fare un

esempio tra tutti lo stesso art. 1227 c.c. appena analizzato - possa del pari arrivare ad imporre ad un soggetto un obbligo di “soccorso difensivo”.³⁶⁶

In via di principio, sulla base delle considerazioni appena svolte in ambito penale, la dottrina maggioritaria disconosce la portata espansiva dell’art. 2 Cost., il quale non sarebbe atto a creare *ex novo* un generale obbligo di intervento solidaristico, al di fuori delle ipotesi di garanzia *tipiche*. Ed anzi, al principio solidaristico si contrappone, in via prevalente, il principio liberistico il quale esclude l’obbligo di intervenire, se non vi è una norma puntuale che imponga al soggetto di farlo. Esattamente come visto in ambito penale, data la stretta tipicità degli obblighi di attivarsi.

Una diversa parte della giurisprudenza, affrancandosi dall’impostazione penalistica della responsabilità omissiva, ritiene che se l’illecito civile è atipico, in coerenza con la sua funzione riparatoria, allora lo è in tutte le sue forme, sia attiva che commissiva.³⁶⁷ Attraverso una lettura costituzionalmente orientata non si può che porre a fondamento dei doveri di intervento la clausola generale di cui all’art. 2 Cost., ossia il principio di solidarietà sociale. Esso impone di attivarsi, quale norma immediatamente precettiva, e fonda una colpa atipica per avere violato un vero e proprio obbligo di intervento generale imposto dal sistema, più che da una norma puntuale o da una precedente relazione tra soggetti.³⁶⁸

Ecco dunque che il principio solidaristico in uno con il principio di buona fede prevalgono sulla libertà individualistica ed impongono un obbligo di intervento solidaristico. Tuttavia, si osserva, questo conflitto tra libertà individuale e obblighi solidaristici va risolto con riguardo al caso concreto, non già in via generale e astratta: è

³⁶⁶ Sembra andrebbe andare in questa direzione una parte della giurisprudenza di merito (*ex plurimis* Cass. civ., sez. III, 23 maggio 2006, n. 12111, in *Mass. Foro it.*, 2006, la quale ha ribadito che in relazione alla responsabilità per danni da illecito omissivo, l’obbligo giuridico di impedire il verificarsi di un evento dannoso può sorgere in capo ad un soggetto non solo quando una norma o specifici rapporti gli impongano di attivarsi per impedire l’evento, ma anche quando tale obbligo possa derivare in base a principi desumibili dall’ordinamento positivo, non espresso, quindi, in forme specifiche, con conseguente dovere di agire e di comportamento attivo.

³⁶⁷ M. DI MARZIO, F. PECCENINI, P. DI MARZIO, M. ROSSETTI, *Danno esistenziale: la prova e la liquidazione. Nuovo corso della giurisprudenza e parametri risarcitori del mobbing*, in *Dir. e Giust.*, 2004, 17 e ss., Contra, si veda invece, questa parte della dottrina considera erronea l’impostazione seguita da quanti ritengono l’illecito civile atipico, in quanto si fonderebbe su un’antinomica correlazione tra il fatto illecito atipico e la (presunta) “tipicità del danno non patrimoniale risarcibile”. Si veda in particolare G. TRAVAGLINO, *Il danno esistenziale tra metafisica e diritto*, in *Corr. Giur.*, 2007, 532 e ss.

³⁶⁸ G. ALPA, *Il problema dell’atipicità dell’illecito*, Napoli, 1979, 144, che riporta il problema di una corrente francese, la quale risolve il problema della colpa omissiva in modo parallelo rispetto alla colpa commissiva. In particolare, l’A. applicando il principio dell’art. 2 Cost., in combinato disposto con l’art. 2043 c.c., ritiene che si possa “chiedere al singolo di sacrificare la propria libertà di astensione in tutti i casi nei quali il danno poteva essere preveduto ed evitato da una persona di normale diligenza, con un comportamento positivo e senza suo rischio”.

“ingiusto” e dunque risarcibile *ex art. 2043 c.c.*, solo il danno cagionato da un’*omissione intollerabile*.³⁶⁹ È tale l’omissione che in base ad un giudizio comparativo basato sul caso concreto abbia cagionato un grave danno ad un interesse fondamentale, in assenza di qualsiasi ragionevole rischio per l’autore dell’omissione. In altre parole, se manca il rischio, la comparazione tra *culpa* e *iniuria* muove verso l’ingiustizia del danno.

Ma può dirsi effettivamente responsabile il soggetto che omette di attivarsi solidaristicamente per il danno accorso ad un altro soggetto? La problematica dovrebbe essere affrontata dapprima vagliando a monte se possa esistere una condotta omissiva civilisticamente rilevante, e dunque se l’art. 2 Cost., possa effettivamente imporre un obbligo di intervento solidaristico, e successivamente da un punto di vista causale per vagliare se l’omissione ha davvero cagionato o concorso a cagionare il danno.

L’analisi va fatta dunque chiedendosi se il comportamento omissivo possa dirsi concausa ovvero causa da sola sufficiente a spezzare il nesso causale, tale da addebitare interamente la responsabilità del danno al soggetto che ha ommesso di attivarsi solidaristicamente per evitare che questo si verifichi, considerando però che è stato attivato da un diverso decorso causale.³⁷⁰

Ora, ritenere che l’art. 2 Cost. possa solidaristicamente imporre di attivarsi, e riconoscere per la violazione dello stesso un risarcimento del danno potrebbe anche ammettersi, a patto che si imputi la responsabilità del soggetto “colpevole” dell’omissione in modo proporzionato alla rilevanza causale del comportamento omissivo. In altre parole, ritenere esistente una responsabilità omissiva per diretta violazione dell’art. 2 Cost., potrebbe dirsi “ragionevole” solo se dapprima si ammette appunto un obbligo di attivarsi fondato sulla norma in parola, e secondariamente si tenga conto che il danno è già stato inferto da una diversa condotta che ha già attivato un processo causale, e quindi l’omissione può solo “concorrere a cagionare” l’evento. In altre parole, non si potrebbe arrivare a ritenere che l’omissione di cui all’art. 2 Cost. possa dirsi davvero causa interruttiva del precedente nesso causale tale da poter essere ritenuta causa da sola sufficiente a cagionare l’evento, si da poter addebitare interamente l’evento dannoso al soggetto che ha ommesso di attivarsi solidaristicamente.

³⁶⁹ M. CAPECCHI, *Note in tema di illecito omissivo*, in *Danno e resp.*, 2006, 270 e ss., si veda anche, Id., *Appunti in tema di accertamento del nesso causale nell’omissione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 492 e ss.

³⁷⁰ Per un approfondimento in materia di causalità civile nell’illecito omissivo si veda L. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del più probabile che non?* in *Resp. civ. prev.*, 2008, 338 ss.; M. BONA, “Più probabile che non” e “concause naturali”: se, quando ed in che misura possono rilevare gli stati psicologici pregressi della vittima. *Nota a Cass. 16.1.2009, n. 975*, in *Giur. civ.*, 2009, 1653 ss.

Ma, al contrario, si potrebbe ritenere co-responsabile il soggetto che omette di attivarsi, solo in proporzione a quella parte di danno che la sua condotta attiva avrebbe evitato.³⁷¹

Si osservi però criticamente che per poter ammettere una siffatta responsabilità omissiva bisognerebbe far discendere dall'art. 2 Cost., norma formulata così genericamente per il fatto stesso di essere un principio di portata generale, un obbligo di attivarsi che fondi una vera e propria posizione di garanzia. Tale posizione di garanzia, diversamente alla specificità che si richiede in ambito penale, sarebbe estremamente generica, tale per cui "chiunque" potrebbe trovarsi a rivestire una simile posizione che fonda appunto una responsabilità omissiva.³⁷²

Inoltre, se da un lato si può dire che in campo contrattuale l'art. 2 Cost., unitamente alla buona fede di cui all'artt. 1175 e 1375 c.c. impone veri e propri obblighi di protezione e non solo nei confronti del creditore, ma anche di soggetti che si trovano in relazione di *proximity* con esso, tale per cui vi sarebbero ulteriori obblighi rispetto alla prestazione dedotta in contratto, dall'altro si deve considerare che tali obblighi possono sussistere su un soggetto che si è volontariamente posto nella condizione di adempiere nei confronti di un altro per effetto dell'assunzione dello stesso vincolo contrattuale. Ossia ha per effetto di esso, previamente scelto di limitare la propria libertà, obbligandosi appunto a tenere un determinato comportamento, consapevole del fatto che tale obbligazione potrebbe comportare, *ex bona fide*, ulteriori obblighi protezionistici.

Diversamente, in campo extracontrattuale il soggetto sul quale dovrebbe gravare un obbligo solidaristico non si è in alcun modo previamente obbligato con il soggetto che abbisogna di aiuto, e pertanto non ha in alcun modo scelto di limitare la propria libertà di azione assumendo un vincolo giuridico. Tale obbligo gli verrebbe peraltro imposto non già da una norma generale quale l'art. 2 Cost. unitamente ad una volontaria assunzione di un vincolo giuridico *ex art.* 1218 c.c. in combinato disposto con agli artt. 1175 e 1375 c.c. che allargano il dovere giuridico agli obblighi di protezione, bensì per effetto di due norme generali quali l'art. 2 Cost., e l'art. 2043 c.c. che andrebbero a

³⁷¹ P. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile, Quarta edizione rielaborata in base al nuovo Codice civile*, Milano, 1944, 361, il quale, indagando l'elemento soggettivo del soggetto che omette di attivarsi, sostiene che è colposa "la condotta di colui che potendo, senza alcun suo proprio sacrificio, evitare un grave danno ad altri, si sia astenuto dal farlo, racchiudendosi nel più gretto egoismo, sordo agli appelli dell'umana solidarietà".

³⁷² In senso critico, a causa di un utilizzo improprio del significato di omissione, soprattutto laddove ciò comporta un'esclusione della responsabilità laddove invece in base al parametro della diligenza avrebbe invece dovuto affermarsi, si veda G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 1999, 56 e ss.

limitare la libertà del soggetto senza una preventiva assunzione della benché minima scelta di limitarla. Se si ammettesse che tale obbligo di protezione discendesse anche dall'art. 2043 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 Cost., si dovrebbe giungere ad ammettere che il principio del *neminem laedere* imponga non solo un obbligo di astensione, bensì anche un obbligo di attivarsi.³⁷³

Da sempre la dottrina, riflettendo sulla natura giuridica della responsabilità da contatto sociale, che porta appunto alla sussistenza di questi obblighi di protezione, l'ha ricondotta all'art. 1218 c.c. non già all'art. 2043 c.c. proprio in base alla considerazione che la responsabilità *ex art. 1218 c.c.*, a differenza di quella *ex art. 2043 c.c.* imporrebbe anche obblighi di attivarsi, non solo di astenersi dal commettere pregiudizio ad altri.³⁷⁴ Per cui a ben vedere, sussistono perplessità nel fatto di ammettere che dal generale principio del *neminem laedere* possano discendere obblighi positivi di attivarsi. Del resto, volendo proseguire nel confronto con l'ambito penalistico, anche in tale campo si distingue tra condotta attiva e condotta omissiva, o meglio tra causalità attiva ed omissiva. E si osserva al riguardo che le due forme di causalità sono profondamente diverse, e a ben vedere la causalità attiva sembra essere più vasta rispetto a quella omissiva, circoscritta all'interno di una stretta tipicità data da specifiche previsioni di parte speciale ovvero dalla combinazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv c.p. sempreché sussista una posizione di garanzia.

Lo stesso a dirsi in ambito civile, è indubbio che l'illecito commissivo abbia un campo di integrazione più vasto rispetto a quello omissivo, e che quest'ultimo possa giustificare proprio per le ragioni appena descritte, un ridimensionamento della sua integrazione, così come avviene del resto in ambito penale. Se infatti la causalità attiva è "sempre possibile" in quanto rappresenta una causalità che effettivamente esiste in natura prima ancora che a livello giuridico, quella omissiva di cui all'art. 40 co II c.p. non può dirsi, in via generale, "naturalisticamente causale", nel senso che diviene tale per un'espressa previsione legale che qualifica quell'omissione equivalente all'azione, nel momento in cui il soggetto omette l'obbligo giuridico di impedire l'evento rivestendo una posizione di garanzia.

³⁷³ Sul punto si riporta un passo fondamentale della giurisprudenza di merito, Cass., sez. III, 9 marzo 1982, n. 1526, in *Resp. civ.*, 1983, 788, con nota di LETTA, la quale ribadisce che "il principio del *neminem laedere* non implica di per sé un generale ed incondizionato dovere di attivarsi a protezione dei diritti dei terzi esposti a pericolo, in dipendenza di fattori causali sorti e sviluppatasi al di fuori della sfera propria del soggetto cui si imputa l'omissione, con la conseguenza che, ai fini della responsabilità per danni, non basta un generico connotato di colpa, ma occorre la precisa individuazione, a carico di detto soggetto, di un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento lamentato".

³⁷⁴ Cfr. P. TRIMARCHI, voce *Illecito* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XX Milano, 1970.

Dunque, a ben vedere, se la causalità attiva può essere posta in essere da chiunque, quella omissiva richiede un *quid pluris* che è allo stesso tempo elemento costitutivo indispensabile per poter rimproverare il soggetto. Ma se in ambito penale l'individuazione dei garanti passa attraverso numerosi filtri poc'anzi enunciati, che valgono a darne specificità alle circostanze in cui essa può dirsi sussistente, ci si chiede se in campo civile una previsione seppur costituzionale, di cui all'art. 2 Cost., possa arrivare al punto di fondare una vera e propria posizione di garanzia, tale da imporre al soggetto di attivarsi, e parimenti, di sanzionarlo qualora solidaristicamente non lo abbia fatto. Certo è vero che l'incisione della libertà personale a livello penale nel senso sanzionatorio – deterrente è di gran lunga superiore rispetto alla sanzione civile che è solo riparatoria e che dunque incidendo meno sulla libertà del soggetto, potrebbe dirsi giustificata sulla base di un obbligo che discende da un generale principio costituzionale, immediatamente precettivo.

Inoltre, si osservi che la causalità omissiva è doppiamente ipotetica, nel senso che bisogna dapprima eliminare mentalmente l'omissione e poi sostituire ad essa l'azione, al fine di vedere se eliminando quell'azione l'evento si sarebbe o meno verificato comunque. Occorre cioè in altre parole verificare da un punto di vista causale la condotta doverosa omessa era in grado o meno di neutralizzare il fattore causale, che, a differenza della condotta attiva causativa dell'evento, rappresenta un fattore di rischio preesistente alla condotta omissiva, che però non viene appunto neutralizzato cui il soggetto sarebbe, in campo civile, solidaristicamente obbligato a porre in essere.

Di qui la necessità o comunque la ragionevolezza della diversa ampiezza della rilevanza della condotta attiva rispetto a quella omissiva. In altre parole, se l'art. 2043 c.c. può in via atipica fondare una responsabilità per avere la condotta attiva cagionato un danno ingiusto, più difficile sarebbe ammetterne *de plano* parimenti la possibilità di riconoscere direttamente da questo, per il tramite del combinato disposto con l'art. 2 Cost., la rilevanza di una condotta omissiva, altrettanto atipica, senza passare per la verifica della sussistenza di un *quid pluris*, esattamente come in ambito penale, dato dalla possibilità di considerare esistente una posizione di garanzia, ovvero la stessa sia stata assunta mediante l'assunzione di un'obbligazione giuridica dedotta in contratto, per effetto della volontà di auto-obbligarsi, o ancora discenda *ex lege* da obblighi di protezione che si affiancano a quelli di protezione.

Se comunque tale obbligo di attivarsi lo si volesse ammettere anche in campo extracontrattuale, lo stesso dovrebbe chiaramente circoscriversi solo nei limiti di un

“sacrificio non eccessivo”, nel senso che tale obbligo non può e non deve esporre a pericolo il soggetto chiamato ad intervenire solidaristicamente. Inoltre si dovrebbe risolvere il problema del soggetto che attivandosi solidaristicamente per evitare un danno, cagioni, nell'intento di farlo, un danno esso stesso al soggetto che abbisogna di aiuto.

A tal proposito due sono gli orientamenti che in dottrina si contrappongono. Un primo, più rigoroso e maggioritario, esclude che l'illecito civile omissivo possa essere anche atipico, ed invece ammette che esso possa configurarsi, al pari dell'ambito penalistico, solo ove sussista una norma tipica che fissa obblighi di intervento, ovvero questi derivino dalla legge, da un contratto, da una precedente attività che ha cagionato un pericolo, ovvero ancora da un rapporto di cortesia. In tutti i casi invece in cui manca un legame con precedenti atti o rapporti, non vi sarebbe un dovere giuridico di intervenire. Del resto, il principio di libertà individuale è un principio liberistico: nessuno può essere obbligato a fare ciò che la legge non impone, se non è legato al soggetto che abbisogna di aiuto da un precedente vincolo volontariamente assunto.³⁷⁵

Un diverso orientamento, seppur minoritario, parte da una considerazione in realtà corretta, ossia: se l'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c. è atipico, allora esso è tale in tutte le sue forme, pertanto ancorché sia omissivo, può darsi in assenza di una specifica previsione normativa o da un precedente vincolo assunto, ma è sufficiente la generica previsione di cui all'art. 2 Cost., che impone al soggetto di attivarsi solidaristicamente a tutela dei diritti inviolabili della persona.³⁷⁶ Per effetto del fatto che tale principio ha portata costituzionale, ha portata immediatamente precettiva, e non meramente programmatica, ed altresì è posto a tutela di diritti inviolabili, esso prevale sulla libertà di autodeterminazione del soggetto, imponendogli di attivarsi in modo altruistico. Tuttavia, questa tensione tra obbligo solidale di attivarsi e libertà individuale va risolta avendo riferimento al caso concreto, e non può essere un assunto generale e astratto. Sarebbe cioè “ingiusto” ex art. 2043 c.c. solo il danno cagionato da un'omissione intollerabile, ed essa è tale tutte le volte in cui l'attivarsi non espone il soggetto ad un

³⁷⁵ Sul punto si vedano in particolare i contributi di P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, cit., 99 ss. Inoltre, già G. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa contrattuale*, 2a ed., Esi, 1897, 7 ss., 24 ss.; Id., *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa extra-contrattuale*, 2a ed., I, Esi, 1903, 26 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, 7a ed., Firenze, 1909, 244 ss.;

³⁷⁶ C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 546 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, voce “*Ingiustizia del danno*”, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Ed. Enc. it, 1989, ma agg. 1996, *passim*; Id., *L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, nel *Trattato Bessone*, X, *Illecito e responsabilità civile*, I, 2005, 23 ss.

rischio per la propria incolumità. Se infatti manca il rischio, la comparazione tra *culpa* e *iniuria* muove verso l'ingiustizia del danno. Del resto, se si volge lo sguardo alla responsabilità da inadempimento, anche il creditore, pur essendo tale, ha un dovere solidaristico *ex bona fide* di comportarsi in modo altruistico, ossia a tenere comportamenti esigibili per evitare danni ingiusti alla sfera giuridica altrui. Di talché, anche l'illecito omissivo, potendo essere atipico, ben potrebbe ricondursi all'art. 2043 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 Cost.

A tal riguardo, per uscire dall'*impasse*, taluni hanno riconosciuto la possibilità di ricondurre il soccorso difensivo alla *negotiorum gestium*, ex art. 2028 c.c. al fine di poter valutare se il soccorritore possa vantare un qualche diritto ad essere ristorato dal soggetto soccorso, e per contro, nel caso in cui durante il soccorso cagioni un danno al soggetto in difficoltà, al fine di chiedersi se sussista un'obbligazione risarcitoria.

Una parte della dottrina critica questa impostazione, osservando come il soccorso privato non possa rientrare nella gestione di affari altrui, in quanto questa potrebbe avere ad oggetto solo un "affare" inteso in senso economico/patrimoniale, caratteristica che esula dal soccorso in parola, finalizzato alla tutela della persona. Inoltre, l'art. 593 c.p. sancisce un vero e proprio obbligo di soccorso, di talché, non potrebbe nemmeno ravvisarsi la "spontaneità" richiesta dall'art. 2028 c.c. Piuttosto, si tende a ricondurre la fattispecie ad un'ipotesi di obbligazione naturale, posto che il soccorrere un soggetto in difficoltà rappresenterebbe l'adempimento di un dovere morale o sociale.

Ne deriva, che ove il soggetto abbia soccorso un altro e ove gli abbia cagionato un danno, non deriverebbe alcun obbligo di ristoro per il soccorritore, né alcun obbligo risarcitorio per il soccorso, posto che, escludendosi la ripetizione per le obbligazioni naturali, una volta adempiute, esse non importano alcun altro effetto. Ecco dunque che l'eventuale danno che ne deriva non può essere risarcito senz'altro in via contrattuale per effetto della violazione di un obbligo di protezione, ma, eventualmente solo in via extracontrattuale, per violazione del generico dovere del *neminem laedere*.

Un diverso orientamento ritiene invece di poter ricondurre il soccorso privato all'art. 2028 c.c. in ragione del principio di equità, superando così le obiezioni poc'anzi esposte. Innanzitutto, per "affare" si intende un'attività materiale rivolta anche alla persona, suscettibile di valutazione economica. Ma, come noto, anche il danno alla persona è economicamente valutabile. In secondo luogo, il fatto che in campo penale vi sia un obbligo di soccorrere, pena l'integrazione della fattispecie di omissione di soccorso, non esclude che vi possano essere delle situazioni non rilevanti penalmente

ma tuttavia rilevanti sul piano civilistico. Basti considerare alle ipotesi in cui la condotta non rileva penalmente perché manca la posizione di garanzia che impone al soggetto di attivarsi.

Ecco dunque che il soccorso privato, civilisticamente considerato, può continuare a ritenersi “spontaneo”. Tale caratteristica, unita al fatto che il titolare del bene non può provvedere da sé (*absentia domini*), che vi è certamente utilità dell’affare oltre che alienità di esso, non sussisterebbero dubbi per poter ricondurre il soccorso privato alla *negotiorum gestium*.

Ne deriva che il soccorritore avrà certamente diritto ad essere tenuto indenne per l’attività di soccorso, in analogia con quanto avviene per il mandato ex art. 2030 c.c. Se dunque si fa applicazione delle norme sul contratto di mandato, il soccorritore è obbligato ad agire con la diligenza del buon padre di famiglia, con la conseguenza che ove cagioni un danno al soggetto soccorso, dovrà risarcirlo come se avesse posto in essere un inadempimento contrattuale, ma potrà beneficiare della limitazione prevista dall’art. 1710 c.c. in relazione al quale la responsabilità per colpa è valutata “con minor rigore”.

Per quello che riguarda il secondo dei due profili analizzati, ovvero se sussista effettivamente un obbligo di attivarsi, che se violato porta alla configurazione di una responsabilità omissiva per il soggetto danneggiato, viene in rilievo, come detto, l’art. 1227 c.c. applicabile anche in campo aquiliano grazie al rinvio che l’art. 2056 c.c. fa allo stesso³⁷⁷.

Il problema che si pone è comprendere se nell’interpretare il concetto di concorso di colpa del creditore che facilita o coopera all’inadempimento, rilevi solo un comportamento tipizzato, ovvero un comportamento genericamente negligente contrario a buona fede.³⁷⁸ In altre parole, il problema di fondo è comprendere se, a rilevare ai sensi dell’art. 1227 c.c. e dunque a comportare una diminuzione del *quantum* risarcibile, sia una colpa generica ovvero specifica. Se cioè sia sufficiente la violazione

³⁷⁷ SSUU 24406/2011

³⁷⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *Buona fede e responsabilità civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 343; Id., *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione, nota a Cass., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, ord.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1749, il quale afferma in senso critico che “l a buona fede, nelle ipotesi solitamente portate ad esempio per attestarne la rilevanza ai fini della responsabilità aquiliana, dovrebbe in realtà servire, in quanto possibile fonte di obblighi di protezione in contesti relazionali qualificati, a fondare una responsabilità da contatto sociale, senza però avvedersi che questa visione presuppone proprio l’operatività della buona fede anche in ambiti dove mancasse una preesistente obbligazione inadempita tra danneggiante e danneggiato”.

dell'obbligo di buona fede ovvero siano necessarie norme puntuali che impongano al creditore di attivarsi al fine di ridurre il danno, nell'ottica di un *duty to mitigate*.

Si osserva al riguardo che, in un sistema solidaristico, la colpa civile non può che essere una colpa atipica, sia per l'illecito attivo che omissivo, che si collega alla generale previsione di cui all'art. 2 Cost. anche se tra due soggetti non c'è alcun rapporto pregresso, nell'ottica di una responsabilità aquiliana. Ne deriva, che anche il soggetto danneggiato deve tenere comportamenti attivi oltre che omissivi per evitare o ridurre l'inadempimento e le sue conseguenze dannose. Di esso, per la forza espansiva dell'art. 2 Cost., se ne è fatto un principio generale in base al quale non solo il creditore ma qualsiasi soggetto nel contesto sociale è tenuto a comportamenti esigibili in base ai canoni solidaristici per evitare danni ingiusti alla sfera altrui.

3.10. La causalità omissiva e la perdita di chance come estensione del risarcibile. Dal "ragionevole dubbio" al "più probabile che non" per arrivare alla chance.

Si è analizzato dunque l'illecito omissivo, e si è visto come uno dei maggiori problemi riguardi proprio l'accertamento della causalità nelle fattispecie omissive. Proprio con riferimento alle problematiche legate all'illecito omissivo, a partire dal 2004 prende avvio un "nuovo" criterio di accertamento della causalità. Lo stesso è stato invero posto alla base di un cospicuo orientamento giurisprudenziale che, per suo tramite, ha permesso di risarcire tutta una serie di danni seppure non tecnicamente "causali" ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p., attraverso un allargamento - tutto civilistico - della causalità alla chance. Invero tale tendenza non è per nulla nuova, ma prende le mosse da una celebre sentenza n. 4400 del 2004.

Nella citata pronuncia si affronta "di petto" il problema dell'eccessivo rigore condizionalistico fatto proprio dal diritto penale il quale proclama, ai fini dell'accertamento della causalità la severa regola B.A.R.D., ossia l'accertamento del nesso causale "al di là di ogni ragionevole dubbio". Tale criterio era invero già stato mitigato in sede civile mediante l'individuazione di un più mite parametro a mezzo del quale accertare la causalità, dato appunto, o meglio "degradato", al "più probabile che non". Per l'effetto, un primo allargamento della tutela risarcitoria per la vittima si era già avuto, di fatto permettendo per tal via risarcimenti civilistici negati invece in sede

penale. La sentenza muove dalla constatazione che ciò non è ancora sufficiente per accordare una piena tutela alla vittima.³⁷⁹

Il criterio coniato è quello della chance. Essa prende le mosse, come appena accennato, nell'ambito della responsabilità medica omissiva, al fine di permettere un ristoro al paziente che, a fronte dell'omissione da parte del medico, il quale non interviene per salvare la vita del paziente, ovvero non pone in essere quanto potrebbe/dovrebbe fare secondo le linee guida o più in generale secondo l'*ars medica*, avrebbe notevoli difficoltà a dimostrare che, qualora il medico avesse tenuto una condotta attiva, avrebbe potuto salvarlo.

È chiaro che su un piano naturalistico, tale conclusione non può certo essere avallata secondo il consueto criterio del "più probabile che non", posto che non si può dire con ragionevole probabilità, per lo meno superiore al 50%, che date le condizioni di salute del paziente, un intervento naturalisticamente attivo del medico lo avrebbe con buona probabilità salvato. Delle due l'una: o il paziente (o meglio gli eredi) in tali casi sarebbero rimasti privi di qualsiasi ristoro, oppure si poneva l'esigenza di scardinare questa sorta di "immunità medica" nelle ipotesi di responsabilità omissiva, coniato un nuovo criterio di accertamento della causalità, che permetta di arrivare dove "il più probabile che non" non avrebbe potuto giungere.

Di qui la nascita della "perdita di chance". Il paziente in tali casi, avrebbe perso la chance di salvarsi, e per ciò solo tale perdita, intesa già essa stessa come posta attiva del patrimonio, dovrebbe essere risarcita. Ecco dunque che la chance permetteva di dare rilevanza a percentuali causalistiche ben inferiori al 50%, risarcendo anche il 30% di possibilità del paziente di salvarsi.³⁸⁰ Ne deriva che ai fini dell'accertamento della

³⁷⁹ Si veda in particolare sul punto l'interessante contributo di U. IZZO, *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 2, 130. Secondo l'A. "La sentenza compirebbe proprio il coraggioso passo invocato da una parte della dottrina penalistica per far sì che la giustizia civile possa "finalmente" soddisfare quelle aspettative di tutela che in passato finivano per essere impropriamente convogliate nel circuito delle corti penali. E lo farebbe elevando enormemente le chances risarcitorie coltivabili in sede civile dal paziente persuaso di essere rimasto vittima di un errore diagnostico nel corso di un trattamento sanitario. Perché, con riferimento a questa porzione consistente del contenzioso medico – paziente, la sentenza avrebbe per la prima volta sdoganato nel sottosistema della responsabilità medica una regola di giudizio davvero innovativa [...].

³⁸⁰ Sul punto sempre U. IZZO, *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, cit., secondo il quale "[...] la regola di giudizio avallata dalla Cassazione muove dalla consapevolezza che in casi del genere il giudizio giuridico sulla causalità prende forma e si sviluppa invariabilmente dai coefficienti probabilistici con i quali gli esperti sono soliti concludere le proprie relazioni peritali: "se il tumore fosse stato diagnosticato in tempo il soggetto avrebbe avuto il 30% di possibilità di sopravvivere svolgendo le cure del caso".

causalità non si farà più riferimento al mancato raggiungimento del risultato e quindi all'evento lesivo (considerato nella sua infrazionabilità) che consegue a tale mancato risultato, ma atterrà invece direttamente al danno, inteso quale “perdita della possibilità (*chance*) di conseguire quel risultato”, perdita che non è meramente ipotetica o eventuale ma che rappresenta essa stessa un bene giuridico a sé, diverso e altro rispetto al bene che l'ottenere quel risultato sarebbe valso a tutelare nella sua interezza.

Si osserva inoltre come questa chance si innesti in un processo causale già in corso, che se non interrotto attraverso la richiesta di aiuto al medico, condurrebbe sicuramente ad un esito pregiudizievole. È in altre parole l'intervento medico sollecitato dal paziente che, se effettivamente posto in essere, evita che si giunga a quel risultato lesivo, che il naturale decorso della malattia altrimenti cagionerebbe.

È allora evidente che è l'intervento attivo del medico che genera e crea questa chance di sopravvivenza per il paziente. Ecco che la chance va a liquidare quelle concrete possibilità di successo che se solo il medico avesse posto in essere la condotta attiva (in luogo di quella omissiva) si sarebbero potute raggiungere, non già con certezza, nemmeno più probabilmente che non, bensì nel 20 – 30% dei casi. Del resto, se così non fosse, si “renderebbe l'inerzia del medico immune da qualsiasi conseguenza giuridica”,³⁸¹ posto che in certi casi non si potrebbe dire “più probabilmente che non” che il suo intervento avrebbe salvato la vita del paziente”.

Ciò che in altre parole viene risarcito attraverso la chance si pone ad un livello ancora più basso: non è la *probabilità*, bensì la mera *possibilità*. Si scorge così un timido velo sanzionatorio dietro al risarcimento della chance: nella scelta tra il lasciare il paziente privo di tutela risarcitoria in questi casi, o l'immunità accordata al medico, si sceglie la prima opzione, così finendo per addossare al medico un obbligo risarcitorio pur a fronte della sola possibilità che il suo intervento avrebbe evitato il danno. Ossia pur a fronte della pari possibilità che anche intervenendo non avrebbe potuto evitarlo. Ecco che si sanziona il medico per “non averci nemmeno provato”. Ma del resto, se così non fosse, per converso, si lascerebbe libero uno spazio di immunità per il medico difficilmente accordabile a fronte della lesione di un bene così importante quale la salute per il paziente.

È evidente allora l'allargamento di tutela a favore del paziente. Ciò porterà con sé la c.d. “medicina difensiva attiva”, ossia quell'atteggiamento del medico che, per paura di finire nelle anguste maglie degli obblighi risarcitori derivanti dalla perdita di chance,

³⁸¹ U. IZZO, *ibidem*.

preferisce porre in essere una serie di esami diagnostici ed interventi terapeutici talvolta non solo inutili, ma anche dannosi per la salute del paziente, mosso non già dall'obiettivo della miglior cura del paziente, bensì da quello di andare esente da responsabilità.

È questo un tassello che assieme al “ginepraio” creato nel risarcimento del danno non patrimoniale, affiancato alla facilitazione probatoria per il paziente, creata dalla teorica del contatto sociale, porterà il sistema a fare dietro front o quanto meno ad interrogarsi sulle possibili implicazioni di uno sbilanciamento tutto a favore del paziente – vittima. Che ciò sia corretto e legittimo sarà tutto da verificare, certo è che indubbiamente rappresenta un imput, tra gli altri, per la nuova tendenza “contenitiva” del sistema.

CAPITOLO QUARTO

LA TENDENZA “INVERSA”: RESTRIZIONI SOLIDARISTICHE ALLA TUTELA RISARCITORIA

4.1. Introduzione. L'analisi economica del diritto alla base della tendenza contenitiva. **4.2.** Il danno esistenziale ed il filtro della c.d. clausola bagatellare. **4.3.** Clausola bagatellare e principio di offensività: responsabilità civile e penale a confronto nella selezione degli illeciti meritevoli di tutela. **4.4.** L'art. 131 *bis* c.p.: elisione totale della responsabilità penale del danneggiante. **4.5.** L'evoluzione nel sistema risarcitorio del danno non patrimoniale: il danno morale e l'inesorabile “ginepraio”. **4.6.** La c.d. “tendenza inversa” della solidarietà fa breccia nel danno non patrimoniale. Il sistema tabellare di liquidazione e la questione di legittimità costituzionale sulle micro-permanenti. **4.7.** La responsabilità della Pubblica Amministrazione per il danno da provvedimento amministrativo illegittimo: l'art. 1227 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 Cost. rivitalizzano la pregiudiziale amministrativa?

4.1. Introduzione. L'analisi economica del diritto alla base della tendenza contenitiva.

La proliferazione dei diritti, e più in generale l'ampliamento della tutela risarcitoria per effetto della tendenza espansiva ha posto il problema del costo

finanziario della tutela dei diritti. Se per un verso in nome del principio di integrale riparazione del danno, ed in nome dell'esigenza di fuggire le strette maglie risarcitorie del 2059 c.c. si è prestato il fianco ad un ginepraio, per non parlare della "medicina difensiva attiva ed omissiva", per altro si è posta l'esigenza di evitare il tracollo del sistema. Tale tracollo è cagionato in parte dal rischio di un crollo del sistema assicurativo derivato dall'eccessiva risarcibilità che le tendenze degli ultimi anni hanno portato. È necessario infatti considerare che quando lo Stato decide di tutelare un diritto, questo ha un costo, e talvolta è un costo sociale.³⁸²

Il problema di fondo è allora quello di capire se il livello di tutela offerto ai diritti sia compatibile con la finanza pubblica, nonché quello conseguente della scelta del grado di protezione da accordare ai diritti, posto che quando taluni vengono tutelati, altri necessariamente devono essere sacrificati, dato che le risorse disponibili sono limitate. Ed allora il quesito è: fino a che punto i vincoli di bilancio possono comprimere la tutela dei diritti sociali?³⁸³

Per tal via, non solo l'effettività dei diritti, ma i principi fondamentali della Costituzione sono messi in discussione. La stessa proliferazione dei diritti che è derivata dall'assetto della responsabilità civile per i quali spesso si usa l'accezione di "diritto umano" o "diritto fondamentale" rischia di togliere ogni significato ai concetti impiegati. Basti considerare che lo stesso Codice del Consumo afferma che "sono riconosciuti come fondamentali i diritti dei consumatori e degli utenti". Inoltre, sembra essere eliminata qualsiasi gerarchia di valore tra le sempre più innumerevoli situazioni sociali, bisogni, desideri, e pretese individuali che finiscono nel gran "calderone" del risarcibile. È chiaro che si è molto distanti da quella formula "*all or nothing*" utilizzata tradizionalmente in sede di accertamento della causalità, che, come visto poco fa ne predicava l'infrazionalità della stessa.

Non si può peraltro sottacere l'influenza della normativa e della giurisprudenza sovranazionale sottesa alla tendenza espansiva poc'anzi esaminata. Di qui la reazione del sistema volto ad arginare ed evitare il collasso. Si è dapprima timidamente iniziato a porre a freno tale sistema per mezzo della clausola bagatellare, e si è giunti a defalcare il risarcimento del danno alla salute seppure tale filtro bagatellare sia stato superato in termini positivi. Di qui la conseguenza di contenere la tutela risarcitoria non solo

³⁸² C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., 195.

³⁸³ C. SALVI, *id.*, 196.

innanzi ai semplici disagi e fastidi, ma anche innanzi a diritti che dovrebbero essere pienamente tutelati in armonia con il principio di integrale riparazione del danno.

Invero, i primi tentativi di porre un argine al sistema si sono avuti, paradossalmente, proprio nel campo della tutela della salute, nelle sue molteplici sfaccettature, dapprima con riferimento al danno esistenziale che ha appunto inaugurato il filtro bagatellare, e poi con l'intero assetto del danno non patrimoniale.

4.2. *Il danno esistenziale ed il filtro della c.d. clausola bagatellare.*

Proseguendo quindi con l'analisi delle conseguenze dell'illecito aquiliano, ed in particolare con il danno non patrimoniale che ne può derivare, svolte le considerazioni in merito al principio di integrale riparazione del danno, nonché degli innumerevoli "filtri" che si frappongono tra l'individuata ingiustizia solidale atta a selezionare gli illeciti meritevoli di ristoro, ed il danno effettivamente risarcibile, ci si interroga sulle direzioni che il sistema ha preso nel risarcire taluni tipi di pregiudizio. Esso ha reagito talvolta segnando in "eccesso" il principio di integrale riparazione del danno, quasi a reazione di un sistema che contiene troppo la determinazione del *quantum* risarcitorio. Di qui l'emergere del c.d. "filtro bagatellare".³⁸⁴

La questione accennata non può che partire prendendo le mosse dall'analisi del danno esistenziale, che ha offerto il destro alle Corti per ripensare alla direzione, per così dire generosa, presa sin d'ora dal sistema.

Il problema che si pone in merito al danno esistenziale è se esso possa dirsi un'autonoma categoria di danno, perché se lo si considera tale, esso potrebbe essere risarcito pur in assenza di un danno biologico. Per molto tempo infatti la giurisprudenza ha ricondotto il danno esistenziale al danno biologico, di fatto riconoscendone una tutela risarcitoria entro le maglie del danno alla salute. Se però un danno alla salute manca, si pone il problema del riconoscimento o meno, nell'ottica risarcitoria, di quei pregiudizi esistenziali che alterano le abitudini di vita del soggetto. Invero il giudice spesso si trovava di fronte ad un'alternativa: in presenza di un fatto di reato il danno esistenziale veniva ricondotto al danno morale, in assenza, qualora il giudice fosse stato "antiesistenzialista" lo risarciva riconducendolo al danno biologico. Inoltre, qualora

³⁸⁴ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le SS.UU. Fanno il punto sul danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2009, 19; *commenti "a caldo" di molte delle firme più illustri della dottrina italiana sono raccolti nel volume Aa.Vv., Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle Ss. Uu.*, Milano, 2009.

fosse stato favorevole a tale categoria di danno ne ammetteva un risarcimento anche autonomo rispetto al danno morale ed esistenziale.³⁸⁵

Le Corti in un primo tempo hanno ampliato sempre di più i possibili danni risarcibili quali ad esempio la gravidanza indesiderata (Trib. Milano, 20 ottobre 1997), intravedendone la lesione del diritto assoluto ad una procreazione cosciente e responsabile *ex art. 13 Cost.*, o ancora il pregiudizio subito dalla vedova e dal figlio del defunto (Trib. Napoli, 28 dicembre 1995) per la “modificazione peggiorativa della qualità della vita, essendo venuto meno quel fascio di relazioni umane identicatesi nella stessa posizione di moglie e figlio”, o ancora il danno subito da un lavoratore licenziato ingiustamente (Trib. Ferrara, 25 novembre 1993) per essere stato leso nella sua dignità umana. Tali danni venivano “riqualificati” come danni alla salute in modo tale da renderli risarcibili *ex art. 2059 c.c.* A ben vedere, siffatto sforzo logico non poteva dirsi corretto, posto che è difficile concepire una gravidanza come una “malattia”. Piuttosto, risultava di dubbia valenza giuridica oltre che concettuale, e fu così che iniziò a parlarsi, grazie ad illustre dottrina,³⁸⁶ di danno esistenziale, diversificandolo dal danno morale, e intravedendo in quest’ultimo una sofferenza “interiore”, diversamente dal danno esistenziale che invece è “esteriore” e si concretizza non già in un *pati*, bensì nel “non poter più fare” cioè le attività realizzatrici della persona umana. Il danno morale sarebbe inoltre transeunte, in quanto le sofferenze interiori pian piano si attenuano, mentre quello esistenziale può essere permanente.

Invero, altra parte della dottrina (Ponzanelli e Pardolesi), più acutamente osserveranno che le diversità sono solo apparenti, posto che ad essere risarcito non è il “non poter più fare”, bensì la sofferenza che ciò provoca, di talché anche il danno esistenziale, come il morale ha ad oggetto un *pati*, ossia la sofferenza che provoca lo sconvolgimento delle proprie abitudini di vita. Inoltre, verrà sconfessata l’idea che solo il danno esistenziale può essere perpetuo, posto che, a rigore, anche la perdita di un figlio, riconducibile ad un danno morale, può cagionare una sofferenza perpetua. Di conseguenza non si potrà più parlare di danno esistenziale come un’autonoma categoria

³⁸⁵ P. ZIVIZ, voce *Danno esistenziale*, in *Enc. dir.*, 2003, 1, l’essere stato questo un risultato “coerente con le finalità dell’art. 2059 c.c., che come sottolinea la Suprema Corte, non mira a punire il responsabile, bensì a consentire la salvaguardia del danneggiato anche a fronte della lesione di interessi non economici”.

³⁸⁶ P. CENDON, P. ZIVIZ, *Il danno esistenziale. Le nuove voci della responsabilità civile*, Milano, 2000, 25 e ss.

di danno, bensì esso verrà concepito unicamente come sintesi descrittiva di un particolare modo di atteggiarsi del danno non patrimoniale.³⁸⁷

Per comprendere a pieno questo passaggio, è necessario però percorrere brevemente l'evoluzione giurisprudenziale avutasi sul punto.

Le Sezioni Unite del 2006 avevano definito il danno esistenziale come ogni pregiudizio che l'illecito provoca sul fare a-reddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli sono propri, "sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la realizzazione e l'espressione della sua personalità nel mondo esterno". Esso è da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) che induce il soggetto a scelte di vita diverse quanto all'espressione ed alla realizzazione della sua personalità nel mondo che lo circonda. Esso si fonderebbe sulla natura non meramente emotiva ed ulteriore rispetto al danno morale, ma oggettivamente accertabile del pregiudizio, "attraverso la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso". Mentre il danno biologico è suscettibile di un accertamento medico legale, quello esistenziale, essendo legato indissolubilmente alla persona, necessita di precise indicazioni che solo il soggetto danneggiato può fornire, indicando le circostanze dalle quali si evince l'alterazione delle abitudini di vita, anche mediante prova per presunzioni *ex art. 115 c.p.c.*

In tale ottica, le stesse "tabelle" in uso presso il Tribunale di Milano ne prevedevano una separata liquidazione, indicando in particolare nella misura di un terzo la percentuale di danno biologico utilizzabile come parametro per la liquidazione del (diverso) danno morale subiettivo. È lo stesso Codice delle Assicurazioni private a discorrere di quegli aspetti dinamico relazionali dell'esistenza che costituiscono danno ulteriore, o meglio conseguenza dannosa ulteriormente risarcibile, rispetto ad un danno

³⁸⁷ Osserva sul punto in senso critico autorevole dottrina che "Il giudice deve dar ragione per ogni singola voce del relativo ammontare e del motivo dell'ammissione ed esclusione, anche se per alcuna ritenga di doverne fare valutazione equitativa". Un sistema che non consente di poter verificare ipotesi di over-compensation o di under-compensation si pone in insanabile conflitto con lo stesso principio di riparazione integrale. Ma questo auspicio, che indurrebbe la nostra giurisprudenza a svolgere un'attività considerata forse troppo difficile o faticosa, è stato nuovamente disatteso. E questo "Paradiso dei giudici indecisi" è ora auspicato dalle Sezioni Unite le quali, invece di richiamare i Tribunali alle loro funzioni primarie, propongono un sistema riduzionista e "globalizzante", che finirà con l'aggiungere confusione ad altra confusione". PROCIDA MORBIDELLI DI LAURO, *Le SSUU fanno il punto sul risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2009, I, 19. In particolare, l'espressione "paradiso degli indecisi è da ricondurre a R. SAVATIER, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?* in *Rec. Dalloz*, 1970, Chron., 125, è citata da M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004, 178.

biologico strettamente inteso come compromissione psicofisica medicalmente accertabile.

Le Sezioni Unite 2008 intervenendo sul punto, hanno escluso che si possa parlare di danno esistenziale come un'autonoma categoria, riconoscendo però ad esso, come al danno morale, lo *status* di una "sintesi descrittiva" del possibile danno conseguenza sofferto.³⁸⁸

In particolare, esse hanno chiarito che in assenza di un reato, ed al di fuori dei casi determinati dalla legge, "pregiudizi esistenziali sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona, ipotesi che si verifica, ad esempio, nel caso dello sconvolgimento della vita familiare provocato dalla perdita di un congiunto, poiché il pregiudizio esistenziale consegue alla lesione dei diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.).

Aggiungono, inoltre, che non può farsi riferimento ad una generica categoria di danno esistenziale, perché altrimenti si finisce con il portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, esattamente come quello patrimoniale, in evidente contrasto con quanto previsto dall'art. 2059 c.c., che ne predica la risarcibilità nei c.d. "casi previsti dalla legge",³⁸⁹ ancorché l'inciso vada interpretato secondo l'art. 2 Cost., esso stesso inteso quale precetto legale immediatamente precettivo e non meramente programmatico. Di talché si è esclusa l'esistenza di una figura "autonoma" di danno esistenziale.

Inoltre, per cercare di superare il freno alla risarcibilità del danno esistenziale, la dottrina ha iniziato a sostenere la tesi secondo cui la rilevanza costituzionale richiesta *ex art. 2059 c.c.* non dovesse attenere al pregiudizio sofferto bensì all'interesse leso. Si è cioè iniziato a sostenere che il pregiudizio esistenziale, poiché incide sulla sfera della persona, alterandone le abitudini di vita, per ciò solo ad esso andrebbe riconosciuta rilevanza costituzionale e dunque risarcito, senza la necessità di indagare ulteriormente la natura dell'interesse leso e la consistenza della sua tutela costituzionale. Per tal via

³⁸⁸ Sul punto si rammenta la teoria degli esistenzialisti, favorevoli all'ammissibilità del risarcimento del danno esistenziale quale autonoma categoria di danno. La paternità della teoria esistenzialista viene pacificamente ascritta a P. CENDON (*ex plurimis: Prospettive del danno esistenziale*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 257; *Esistere o non esistere*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 1251 ss.) ed alla c.d. "Scuola Triestina" che al predetto fa riferimento, ed in particolare a P. ZIVIZ. *Contra*, per quanti negano l'autonoma risarcibilità del danno esistenziale, si veda G. PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059: significati e problemi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 247 ss., il quale dedica uno specifico paragrafo emblematicamente intitolato "L'Inutilità della categoria del danno esistenziale".

³⁸⁹ Sul superamento della risarcibilità nei soli casi previsti dalla legge si veda G. PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale, problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, 5 ss., 10.

vagliando la rilevanza costituzionale con riferimento al danno conseguenza, ossia al tipo di pregiudizio (risarcibile per il semplice fatto che incide sulla sfera della persona umana), anziché al diritto leso, ossia l'evento dannoso (che nel caso dei danni esistenziali risarciti all'epoca era pressoché futile, consistente come visto per lo più nella rottura di un tacco e simili).

È ovvio che una simile visione si risolve in una surrettizia abrogazione dell'art. 2059 c.c. il quale postula un'ingiustizia costituzionalmente qualificata riferibile però all'evento dannoso. Per effetto di tale visione si è dato il via alla proliferazione di risarcimenti per danni c.d. "bagatellari", con tale formula individuando danni conseguenza futili ed irrisori, ovvero pur caratterizzati da una serietà oggettiva, tuttavia insignificanti tenuto conto di un obbligo di solidarietà sociale che sussiste per il fatto stesso che i consociati, vivendo gli uni con gli altri, dovrebbero sopportare quelle incisioni della propria sfera giuridica che non raggiungano un livello tale di gravità da richiederne una tutela risarcitoria, dovendo al contrario essere sopportati nei limiti di un "pregiudizi non eccessivo".³⁹⁰

Per tal motivo le Sezioni Unite San Martino, intervenendo sul punto, hanno ribadito che ad essere risarciti sono solo i danni "sufficientemente seri", intendendo con tale espressione la necessaria sussistenza della gravità della lesione (sul piano del danno evento) nonché la serietà delle conseguenze (sul piano del danno conseguenza). Questo deriva da una lettura comparata di due valori costituzionali: il principio di solidarietà, che impone di non ledere la sfera giuridica altrui, ed il principio di tolleranza che impone di accettare l'invasione della sfera giuridica se non supera un certo limite.

Occorre quindi distinguere i disagi, i fastidi, i disappunti, che non possono trovare ristoro, dai pregiudizi che vanno invece risarciti. In altre parole, la Cassazione ci sta dicendo che non è sufficiente la violazione del precetto in sé, quasi che l'ingiustizia, seppure esistente, da sola non sia sufficiente a garantire il ristoro, seppur in presenza di un danno conseguenza, essendo necessario che essa si sostanzi oltre un certo grado, in

³⁹⁰ P. ZIVIZ, *La sindrome del vampiro*, in *Giur. it.*, 2007, 1112 ss., 1115, "Il filtro dei valori costituzionalmente protetti diventa, perciò, il mezzo attraverso il quale sarà possibile escludere il ristoro dei danni non particolarmente significativi secondo una valutazione sociale tipica; si tratta, in buona sostanza, di constatare come turbamenti interni minimi o insignificanti modificazioni dell'agire quotidiano non siano tali da agire sull'integrità morale dell'individuo o sulla libera esplicazione della persona, quali valori costituzionalmente riconosciuti, e non possano perciò accedere alla riparazione". Si veda anche Id., *Lo spettro dei danni bagatellari*, cit., 523; cfr. P.G. MONATERI, *Sezioni Unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, in *Corr. Giur.*, 2006, 787 ss., 792, e M. DI MARZIO, *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il conforto costituzionale*, in *Dir. e giust.* 2005, n. 46, 19.

modo tale da non poter essere “soportata”, rimanendo altrimenti, tale danno conseguenza, un mero disagio o fastidio.

Ecco dunque che pur sussistendo un’offesa ad un diritto costituzionalmente tutelato, essa non può essere risarcita per effetto di un obbligo di solidarietà che sussiste *ex art. 2 Cost.* tra i consociati, per non essere stato inciso il diritto oltre una soglia minima. Tale dovere di solidarietà impone dunque di sopportare una parte di danno che, pur essendo esistente, e astrattamente risarcibile, non può in concreto ricevere una simile tutela. Il danno esistenziale offre dunque il destro alla Cassazione per limitare la tutela risarcitoria della vittima utilizzando quello stesso strumento (l’art. 2 Cost.) che in un primo tempo aveva contrariamente ammesso la risarcibilità dei danni non patrimoniali per tutti quei pregiudizi che non erano risarcibili *ex art. 2059 c.c.* senza una lettura costituzionalmente orientata attenta ai diritti inviolabili della persona.³⁹¹

Da ciò ne consegue che la gravità dell’offesa finisce per costituire un ulteriore, ennesimo requisito per ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale, il quale, come visto, passando per l’art. 2043 c.c., oltre ai classici “filtri” da esso richiesti, dati dalle norme di cui all’art. 1223 c.c. e 1227 c.c., necessita ulteriormente di un’ingiustizia “qualificata”, data dalla lettura costituzionalmente qualificata dall’art. 2059 c.c., nonché dell’ulteriore filtro della “gravità dell’offesa e della serietà del danno”, dato dall’art. 2 Cost., attuandosi così quel bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello della tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale, a differenza di quello patrimoniale, è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile.³⁹²

Invero, introducendo la clausola bagatellare, che peraltro è priva di un fondamento normativo, si contraddice l’assunto di partenza secondo il quale i diritti fondamentali della persona sono inviolabili. Se così è, non si vede la giustificazione di una simile clausola che impone di accettare una certa violazione, entro certi limiti. Tale limitazione

³⁹¹ Sull’interpretazione dell’art. 2 Cost. come “clausola generale” che amplia la portata dell’art. 2059 c.c. alla risarcibilità dei diritti inviolabili della persona, atta a recepire i nuovi diritti emergenti nella coscienza sociale, si veda: A. BARBERA, *Commento all’art. 2 Cost. cit.*, 65 e ss., ma anche P. PERLINGIERI, *L’ordinamento vigente e i suoi valori, Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, 20 ss., A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale, introduzione allo studio dei diritti costituzionali, Lezioni, parte speciale*, Napoli, 2003, 27 e ss., il quale pur criticando la costruzione dell’art. 2 Cost. come norma a fattispecie aperta afferma che “non vi sono ostacoli ad interpretazioni aperte dell’art. 2 quando esse non si risolvono nella restrizione di altrui diritti costituzionali”.

³⁹² E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 e ss., secondo l’A. la categoria dei diritti inviolabili “non esclude una apertura, ma deve essere guidata da un criterio interpretativo coerente con gli equilibri immanenti all’art. 2 Cost.”.

è poi imposta solo per alcuni diritti, quelli fondamentali della persona, non anche per i diritti patrimoniali, i quali vanno risarciti sempre, senza alcun limite di “sopportazione”.

Il panorama sovranazionale, ed in particolare, come visto poc’anzi, la Corte di Strasburgo ed i Principi Unidroit postulano la totale risarcibilità di tutti i danni, senza che si possa diversificare in base alla gravità ed all’intensità del danno per ammetterne una rilevanza ai fini risarcitori.

In realtà, a favore di tale limitazione, si potrebbe intravedere la precisazione che non si intende per tal via creare una diversità tra danni risarcibili e danni non risarcibili, vulnerando in tal modo il principio di integrale riparazione del danno, bensì distinguere tra ciò che è danno, e ciò che non lo è, in quanto semplice molestia. Si potrebbe obiettare infatti che in campo economico non vi è una necessità di porre una clausola bagatellare proprio perché si sa esattamente qual è il danno, e a quanto ammonta, mentre nell’ottica non patrimoniale, permeata nei suoi aspetti costitutivi da un’ingiustizia “solidale” *ex art. 2043 c.c.*, è necessario delineare il concetto di non patrimonialità del danno, nel senso che è necessario, quando si parla di sofferenza, capire quanto il dolore ha rilevanza ai fini di un risarcimento.

Serve cioè un parametro quanti-qualitativo, che sostituisca la teoria differenziale dell’ambito patrimoniale, per capire quando c’è molestia, che va subita, e quando invece c’è una lesione significativa inaccettabile. Il problema di fondo è che, se è vero che vige nel nostro ordinamento un principio di integrale riparazione del danno, è necessario fare i conti con l’osservazione che tale principio non ha rilevanza costituzionale. Non vi è cioè, nella nostra Costituzione, un “principio di copertura integrale del danno”, di talché la legge può prevedere, come del resto ha fatto grazie al sistema tabellare milanese, limiti legali massimi al danno biologico, superando positivamente, come vedremo, il vaglio circa la legittimità costituzionale di una simile limitazione.³⁹³

³⁹³ Invero, osserva in senso critico sul punto autorevole dottrina, che “Il principio non ha una copertura costituzionale, secondo la lettura offerta in più di un’occasione dalla Corte Costituzionale negli ultimi trent’anni (in tema di trasporto aereo di persone, di trasporto a forcella di cose; nell’ipotesi di occupazione appropriativa e di determinazione del relativo indennizzo e, da ultimo, sulle limitazioni di responsabilità previsti nel settore della circolazione auto per le cosiddette micro-permanenti). In sostanza, l’integralità del risarcimento può essere ridotta dal legislatore in presenza di interessi pubblici che possono giustificare la limitazione. È che l’integralità del risarcimento (il risarcire il danneggiato della perdita subita e del mancato guadagno) è assai di più facile applicazione nel settore dei pregiudizi patrimoniali: ove la perdita integrale da risarcire è dettata da calcoli aritmetici più o meno complessi, ma che hanno sempre a che fare con pregiudizi e con perdite suscettibili di una valutazione oggettiva e uniforme. G. PONZANELLI, *Gli ostacoli all’integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, In *Contr. Impr.*, 2015, 3, 620.

Se dunque prevedo un tetto massimo al risarcimento, significa che sto rendendo legittima una pretermissione del danno, che deve essere pertanto sopportato - sebbene cagionato effettivamente - in nome di quella stessa solidarietà sociale che in prima battuta aveva esteso i possibili danni risarcibili permettendo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

Operate tale precisazioni, unitamente alla considerazione che il danno non patrimoniale risarcibile deve essere un danno conseguenza, si consideri che una tale limitazione della risposta che l'ordinamento appresta alla lesione di un precetto giuridico, sussiste non solo nell'ambito della responsabilità civile per la violazione del generico principio del *neminem laedere* che cagiona un danno non patrimoniale ingiusto qualificato, bensì anche in conseguenza della violazione di un precetto penale, e dunque all'interno della responsabilità penale.

Nonostante le diverse funzioni che le due responsabilità assolvono, riparatoria da un lato e sanzionatoria dall'altro, vi sarebbe una comune tendenza dell'ordinamento a limitare, proprio in virtù del generico dovere di tolleranza di cui all'art. 2 Cost., la risposta sanzionatoria/riparatoria pur a fronte di un fatto illecito.³⁹⁴

La differenza sta nel fatto che, nella responsabilità civile la futilità del pregiudizio sottesa alla clausola bagatellare farebbe venire meno uno dei requisiti costitutivi dell'illecito, ossia l'ingiustizia, mentre all'interno della responsabilità penale il "salto è ancora più lungo": pur sussistendo in astratto tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di reato, l'ordinamento sceglie di non intervenire in considerazione di superiori esigenze sociali. Ossia quelle di riconoscere la necessaria sopportabilità di pregiudizi per così dire "futili", al fine di ovviare ad esigenze sociali superiori rispetto all'esigenza sanzionatoria e special preventiva, quali ad esempio evitare il sovraffollamento carcerario per illeciti penali non così gravi (talvolta costituente la violazione della dignità umana per le condizioni dei carcerati) e parimenti evitare di rallentare la giustizia penale.

Ecco dunque che similmente a quanto avviene nell'ambito della responsabilità penale, la tenuità della lesione, comporta in entrambe le responsabilità un'irrilevanza del fatto, nell'un caso determinando il venir meno di un elemento costitutivo dell'illecito, con conseguente non risarcibilità del pregiudizio, nell'altro pur

³⁹⁴ In particolare, sul complesso rapporto tra diritti fondamentali e diritto al risarcimento del danno nell'ipotesi di loro violazione si veda E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 66 e ss.

sussistendone tutti gli elementi costitutivi, in considerazione unicamente della “particolare tenuità del fatto”.

Ciò conferma che l’ordinamento sta piano piano assumendo un atteggiamento restrittivo con riferimento alla tutela risarcitoria e/o sanzionatoria. Se infatti in un primo momento la tendenza è stata quella di ampliare le maglie del risarcimento, come di qui a poco si vedrà in alcune pronunce giurisprudenziali, grazie appunto all’art. 2 Cost., ad oggi sarebbe in atto una sorta di “tendenza inversa”, confermata peraltro appunto anche nell’ambito penalistico grazie all’art. 131 *bis* c.p., ma altresì nell’ambito amministrativo con riferimento alla risarcibilità del pregiudizio sofferto dall’istante per l’emanazione di un provvedimento illegittimo da parte della p.a., il quale subisce una limitazione sul piano sostanziale per effetto del c.d. principio di auto-responsabilità, *ex* art. 1227 c.c. e 2 Cost., per non avere questi previamente impugnato il provvedimento amministrativo lesivo, che gli avrebbe permesso di limitare i danni da esso derivanti.³⁹⁵

Tali danni evitabili non troveranno ristoro per il fatto stesso che è da ritenersi esigibile secondo la normale diligenza l’impugnazione di un provvedimento e dunque l’agire in giudizio ai fini della sua caducazione, anziché richiedere direttamente il risarcimento del danno.

Prima però di analizzare tale “tendenza inversa” del fenomeno, è opportuno soffermarsi sulla primordiale tendenza espansiva della tutela risarcitoria, analizzando talune pronunce giurisprudenziali, nonché arresti dottrinali in merito alla risarcibilità del danno non patrimoniale in assenza del biologico, all’obbligo di soccorso difensivo, all’illecito endo-familiare.

4.3. Clausola bagatellare e principio di offensività: responsabilità civile e penale a confronto nella selezione degli illeciti meritevoli di tutela.

Analizzato dunque il concetto stesso di ingiustizia sotteso all’art. 2043 c.c. ed il necessario bilanciamento tra la sfera del danneggiato e quello del danneggiante nel selezionare appunto quei danni ingiusti meritevoli di tutela, si consideri che, come detto,

³⁹⁵ In particolare, sul punto, si veda L’Adunanza Plenaria con sentenza n. 3 del 23 marzo 2011 afferma che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l’impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall’ordinamento, prevista oggi all’art. 30, comma 3 c.p.a., deve intendersi come ricognitiva di principi già ricavabili con un’interpretazione evolutiva del comma 2, dell’art. 1227 c.c. e che il codice ribadisce chiaramente la reciproca autonomia processuale tra la tutela caducatoria data dal previo annullamento del provvedimento lesivo e quella risarcitoria, con l’affrancazione della necessaria “ancillarità” e “sussidiarietà” rispetto al paradigma caducatorio. Si veda anche A. DI MAJO, *Tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della P.A.: l’acquis civilistico*, in *Corr. giur.*, 2008, n. 2, 261 ss.

affinché il danno arrecato possa trovare ristoro, esso deve costituire un danno conseguenza e deve essere colorato di un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, che superi peraltro il vaglio posto e richiesto dalla c.d. clausola bagatellare, in modo tale che ad essere risarcito sia unicamente il danno sufficientemente grave sul piano del danno evento, e serio sul piano del danno conseguenza.

Ciò posto, avendo funzioni diametralmente opposte, l'uno una funzione riparatoria, l'altro una sanzionatoria, sembra che il sistema civile e quello penale stiano andando nella stessa direzione: il primo si preoccupa di predicare la non risarcibilità dei c.d. “danni bagatellari”, tutte le volte che pur in presenza di una lesione ad un diritto costituzionalmente garantito – e dunque in presenza di un danno conseguenza – essa non supera una certa “soglia di entità”, rendendo per tal via di fatto irrilevante la violazione del precetto di cui all'art. 2043 c.c., seppur integrato in tutti i suoi elementi costitutivi.

Allo stesso modo il secondo, il sistema penale, predica la non rilevanza del fatto per “particolare tenuità”, e dunque la non punibilità del soggetto nonostante l'integrazione di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito penale, attraverso l'art. 131 *bis* c.p., di nuovo conio.³⁹⁶

Per essere più espliciti, il vaglio di offensività dell'un caso viene posto dalla clausola bagatellare, che seleziona i danni “meritevoli di tutela”, nell'altro caso dal principio di offensività, che, pur condividendo la stessa funzione di vaglio, è addirittura oggi portato alle estreme conseguenze, posto che si riesce ad andare oltre tale principio: nonostante cioè il fatto sia tipico ed offensivo, tuttavia non lo si punisce per superiori esigenze di sistema.

Invero, se nel sistema della responsabilità civile si può connettere tale “vaglio” espressamente alla solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., richiamata *expressis verbis* dalle Sezioni Unite San Martino, nella responsabilità penale più che un dovere di solidarietà, vi è un dovere di “tolleranza”: vi è infatti un arretramento della risposta sanzionatoria, in palese contraddizione del principio di offensività, posto che non si punisce un fatto, seppure offensivo, e dunque seppure vi sia stato un superamento di una

³⁹⁶ L'istituto invero era già presente nel diritto penale minorile, (art. 34 Dlgs. 274/2000) ma l'art. 131 *bis* c.p. se ne discosta per alcune peculiarità, Rispetto all'istituto dell'irrilevanza del fatto previsto nel processo penale minorile, la Relazione al progetto preliminare sottolineava che «Il meccanismo processuale prescelto non incide sulla fattispecie sostanziale del reato, (cioè sui suoi elementi costitutivi o sulle condizioni di punibilità), e quindi non esclude il promovimento dell'azione penale, ma si limita a consentire l'anticipata conclusione del processo con una pronuncia fondata sulla valutazione comparativa degli effetti positivi e negativi dello svolgimento del normale iter processuale, in considerazione delle concrete caratteristiche del fatto e della personalità del minore imputato”.

clausola bagatellare penalistica data appunto da quella minima offensività che deve sussistere per incidere la libertà personale del soggetto mediante la risposta sanzionatoria.

Prima però di addentrarci nell'analisi delle estreme conseguenze che si stanno avendo sul punto, e dunque analizzare il vero e proprio *dietrofront* del sistema risarcitorio civile - che peraltro ha trovato conferma anche nel sistema sanzionatorio penale, definita appunto "nuova tendenza inversa" - è bene evidenziare che questo filtro di gravità della lesione, imposto dalla clausola bagatellare, ha operato in un primo momento per identificare quello che può dirsi un danno conseguenza, (in modo tale da distinguerlo da ciò che danno invece non è, ossia il semplice disagio o fastidio), per arrivare, negli ultimi approdi giurisprudenziali, ad escludere il risarcimento pur in presenza di tale danno conseguenza. In altre parole, se in un primo momento il principio di solidarietà, *ex art. 2 Cost.*, sotteso alla clausola bagatellare, ha operato per selezionare e dunque individuare sul piano del danno conseguenza quelli che possono dirsi effettivi danni risarcibili, quasi predicandone un vaglio di offensività simile al vaglio imposto dinnanzi ad una fattispecie di reato, ad oggi, si vedrà, ha fatto un ulteriore passo in avanti. Esso ha cioè operato non solo in prima battuta per individuare quali siano tali danni, ma, una volta individuati, al fine di sancirne la "sopportabilità", nonostante essi abbiano superato il vaglio imposto dalla clausola bagatellare, per contemperare le esigenze di tutela risarcitoria della vittima, con quelle del sistema previdenziale, ovvero con altre esigenze sociali, che a questo punto devono dirsi bilanciabili con la tutela della persona umana e della sua integrità fisica e morale.

Tale principio di offensività costituisce del resto il *collegamento* tra responsabilità civile e penale, posto che, solo in presenza di un fatto di reato tipico che sia anche offensivo può dirsi integrata la fattispecie penale, e dunque dirsi ammissibile la costituzione di parte civile nel processo penale per la persona offesa, *ex art. 74 c.p.p.* in modo tale che essa possa ricevere, *ex art. 2059 c.c.* il risarcimento del danno patito. Se è pur vero che in mancanza di un reato, può comunque sussistere una responsabilità civile, è innegabile dover considerare i vantaggi di una costituzione di parte civile nel processo penale in termini di onere probatorio e di (talvolta) celerità del giudizio.

In entrambi i sistemi, civile e penale, si predica dunque un filtro di offensività al fine di vagliare quelli che potranno dirsi "danno *risarcibili*", vi sarebbe in entrambi i casi un doppio filtro, dapprima quello di tipicità, al fine di valutare se la fattispecie è integrata in tutti i suoi elementi costitutivi, che per l'art. 2043 c.c. sono la condotta *non*

iure, l'evento di danno *contra ius*, e dunque "solidalmente ingiusto", il nesso di causalità, nonché l'elemento soggettivo del dolo e della colpa, e, successivamente, il filtro di offensività.

Similmente a quanto avviene in materia penale, gli interpreti civilistici dovrebbero allora chiedersi se l'offensività più che costituire un secondo filtro all'illecito aquiliano, non sia essa stessa un elemento costitutivo di esso, e dunque se non si dovrebbe piuttosto parlare di "*fatto illecito solidalmente offensivo*", esattamente quanto una parte della dottrina penalistica propone di fare nell'individuare l'integrazione della fattispecie di reato in tutti i suoi elementi costitutivi: vale a dire tipicità, antigiusuridicità, colpevolezza e, per alcuni anche offensività, di modo tale che si possa parlare di un "*fatto illecito tipico offensivo*", al fine di far rientrare anche l'offensività nell'analisi della tipicità del fatto, per escluderne una sua rilevanza ove questa manchi.

È allora evidente che in un sistema civilistico così strutturato, il danno non patrimoniale risente di una molteplicità di filtri, che non è dato invece trovare nel sistema del danno patrimoniale: con il termine "*fatto*" si è già superato il vaglio posto dagli artt. 1223 e 1227 c.c., con i termine "*illecito*" si è già individuato il contrasto con l'ordinamento giuridico di una condotta *non iure*, ossia non supportata da alcuna causa di giustificazione, con il termine "*solidale*" si predica un bilanciamento tra la sfera del danneggiato e quella del danneggiante, in modo da valutare se la condotta sia solo *sine iure* ovvero anche *contra ius*, ed inoltre, qualora lo sia, sia anche meritevole di una tutela posto che deve superare il filtro della clausola bagatellare al fine di essere anche "*offensivo*".

Si vedrà come il sistema, a seguito delle Sezioni Unite, sia andato verso una direzione "espansiva" proprio per effetto dell'art. 2 Cost., che nell'individuare altri diritti inviolabili della persona umana, ha ammesso il risarcimento del danno non patrimoniale al di fuori dei ristretti limiti predicati dall'art. 2059 c.c.,³⁹⁷ tentando allo stesso tempo di arginare il fenomeno mediante l'individuazione della c.d. "clausola bagatellare".

Tale forzatura del sistema avrebbe però dovuto essere tenuta a freno, secondo il disegno delle Sezioni Unite, dallo stesso principio solidaristico, che avrebbe dovuto garantire un punto di equilibrio tra apertura alla tipicità non più assoluta ma relativa dei danni non patrimoniali risarcibili, e "chiusura" data dalla clausola bagatellare che

³⁹⁷ Sul punto si veda S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 c.c. e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. Impr.*, 2009, 624, nota 122.

avrebbe dovuto fungere da argine all'ondata di proliferazione dei danni non patrimoniali risarcibili che di fatto si è avuta,³⁹⁸ ma che ha finito per cedere determinando un *dietrofront* del sistema, ad oggi in controtendenza rispetto al passato, in quanto operante in via "restrittiva". Tale proliferazione dei danni si è avuta appunto nel campo del danno morale ed esistenziale.

E, effettivamente, la clausola bagatellare talvolta funziona, permettendo di fatto quell'operazione di arginare la tendenza espansiva del sistema risarcitorio.³⁹⁹ Ciò è confermato da una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. SSUU., 25 febbraio 2016 n. 3727), che ben evidenziano l'operare della clausola bagatellare nell'escludere il risarcimento di quei danni di "lieve entità".⁴⁰⁰

La questione che si è posta è se, accanto all'interesse dello stato al corretto funzionamento dell'attività giudiziaria, l'art. 684 c.p. tuteli anche le parti in vario modo coinvolte nel processo in modo tale che (a prescindere dalla sussistenza o meno di una lesione della riservatezza o di una diffamazione ai loro danni) la commissione del reato le abiliti all'attivazione di un'autonoma pretesa risarcitoria fondata sul fatto in sé che vi sia stata la pubblicazione arbitraria di atti di un processo penale che le riguardi.

Le Sezioni Unite hanno in proposito chiarito che il reato di "pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale non coperti dal segreto" (art. 684 c.p. co. II e III) ha natura mono-offensiva, posto che tutela la sola amministrazione della giustizia non anche la reputazione e la riservatezza del soggetto sottoposto a procedimento penale. Sicché la sua sola violazione non legittima un'autonoma pretesa risarcitoria, dal momento che si è trattato di una riproduzione marginale degli atti del processo, alla luce del principio dell'irrisarcibilità del danno non patrimoniale di "lieve entità", il quale deve essere sopportato in ragione di altre esigenze, peraltro espressamente codificate

³⁹⁸ In particolare, sulla necessità di tollerare *ex bona fide* taluni disagi e fastidi, si veda E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 184 e ss., s. Patti, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 5 ss. e per quanto riguarda più specificatamente il rapporto fra tolleranza e correttezza, si veda 159 e ss.

³⁹⁹ Per una visione esaustiva del dibattito sul significato da attribuire ai concetti di "gravità dell'offesa" e di "serietà del danno" vedi di recente V. CECCARELLI, *La soglia di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno resp.* 2015, 344 e ss.

⁴⁰⁰ Si è infatti osservato, sul punto, da parte di autorevole dottrina che "un danno diviene suscettibile di proporre un problema aquiliano solo quando costituisca attuazione di un rischio intollerabile [...] la c.d. intollerabilità del danno costituisce così un criterio generale di accesso al rimedio aquiliano" (M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 807).

all'art. 114 c.p.p. il quale effettivamente ammette la pubblicazione di atti non coperti dal segreto, al fine di garantire il diritto di informare e di essere informati.⁴⁰¹

Non si sta dunque parlando di un'offensività che manca *in toto*, la quale si certamente legittimerebbe una risposta risarcitoria negativa, esattamente quanto avviene in ambito penale al ricorrere del c.d. reato impossibile, *ex art. 49 cpv c.p.*, bensì di un'offensività che esiste, ma è tenue, e per ciò solo comporta di arginare la risposta sanzionatoria che rischia di essere troppo lata per effetto dell'apertura data dal richiamo ai diritti inviolabili dell'uomo, *ex art. 2 Cost.*, negandone il risarcimento in virtù appunto, della clausola bagatellare. Ne deriva che, la pronuncia in commento, richiamando le soglie di risarcibilità imposte dalle Sezioni Unite 2008, esclude la legittimazione del privato a far valere una pretesa risarcitoria in dipendenza della sola violazione della predetta norma, in assenza cioè, di una concreta lesione alla sua reputazione ed alla sua riservatezza.

4.4. *L'art. 131 bis c.p.: elisione totale della responsabilità penale del danneggiante.*

Tale filtro “bagatellare” è del resto comune anche alla responsabilità penale, come poc'anzi accennato.⁴⁰² Le due responsabilità, seppure abbiano funzioni diametralmente opposte (l'una risarcitoria, l'altra sanzionatoria), si preoccupano di selezionare gli illeciti meritevoli di tutela attraverso un vaglio che è dato nell'un caso dalla clausola bagatellare, nell'altro dal principio di offensività.

Invero, tale “filtro” si è oggi dilatato nel campo della responsabilità penale, posto che si è addirittura superato il vaglio di offensività, posto che seppure un fatto è tipico ed offensivo, se ne esclude la risposta sanzionatoria penale per superiori esigenze di sistema, così inaugurando e confermando quella tendenza inversa che di qui a breve si analizzerà anche nell'ambito della responsabilità civile. L'introduzione del nuovo art. 131 *bis* c.p. ne dà una conferma. Questo rappresenta un'ipotesi in cui non viene solo diminuita, ma del tutto azzerata la responsabilità dell'autore della condotta illecita, a

⁴⁰¹ Si veda in particolare l'art. 10 par. 2 CEDU, Cass. sez. III, 10 ottobre 2014, n. 21404, ma anche Corte Cost. n. 112 del 1993.

⁴⁰² In particolare, si vedano gli artt. 1-5 d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, approvato in attuazione della direttiva di legge delega contenuta nell'art. 1 comma 1 lett. m) legge 28 aprile 2014, n. 67. Il Governo era invitato ad “escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale”. Si veda anche T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015 (15), 19.

conferma che anche l'ordinamento penale sta andando verso una c.d. "tendenza restrittiva" che accentua ancora di più la funzione del diritto penale come *extrema ratio*.

Se nell'ambito civilistico i superiori interessi che legittimano una *deminutio* di responsabilità per l'autore della condotta illecita ed una conseguente *deminutio* risarcitoria per la vittima dell'illecito sono dettate da superiori esigenze sociali che si riconnettono alla solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., del pari in ambito penale, la *ratio* sottesa all'intervento normativo di cui all'art. 131 *bis* c.p. è dettata da superiori esigenze sociali. Esse sono rappresentate senz'altro anche da esigenze di carattere solidaristiche, basti pensare al problema del sovraffollamento carcerario, che impone di trovare risposte sanzionatorie effettive e dissuasive, diverse però dalla reclusione in carcere, per evitare che il soggetto, almeno per i reati di minore gravità sociale, entri in carcere in condizioni disumane stante appunto il "sovraffollamento".⁴⁰³ Di qui l'esigenza di depenalizzare in concreto talune fattispecie.

Per comprendere il quadro normativo all'interno del quale si colloca l'art. 131 *bis* c.p. è necessario fare un passo indietro al fine di chiarire la portata e l'espansione del principio di offensività in materia penale per evidenziare come il *novum* legislativo in parola vada ben oltre tale principio, incidendo su un fatto che è tipico, antiggiuridico, colpevole ed altresì offensivo, sebbene "lievemente offensivo".⁴⁰⁴ Esso postula che non vi può essere un reato senza l'offesa ad un bene giuridico, solo così si giustifica la sanzione penale che incidendo sulla libertà personale sancita a livello costituzionale all'art. 13, deve porsi come *extrema ratio*. Se così è, ogniqualvolta vi è un fatto di reato offensivo, la risposta penale dell'ordinamento non dovrebbe mancare. Per vero, l'art. 131 *bis* c.p., scardina questo assunto: statuendo la non punibilità del fatto (si intende la punibilità penale) per particolare tenuità dello stesso.

Andando con ordine, e senza voler scendere troppo nel dettaglio per quanto riguarda la portata applicativa dell'articolo in parola, ai fini della punibilità mediante sanzione penale è necessario che il fatto oltre che tipico sia anche offensivo, ossia è necessario che la condotta abbia offeso, *sub specie* di lesione o messa in pericolo, un bene giuridico tutelato dall'ordinamento. L'offesa è richiesta per l'operare di taluni

⁴⁰³ R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, 2002, 101 e ss.: l'istituto "può essere ricondotto a una logica deflattiva e svolgere una funzione di economia processuale", o ancora: "può essere considerato espressione di una sorta di mancanza di meritevolezza o, più esattamente, di bisogno di pena e, quindi, essere diretto a soddisfare un'esigenza di economia della pena".

⁴⁰⁴ R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 661 e ss.

principi costituzionali che, venendo incisi dalla sanzione, necessitano di vagliare la condotta tipica in termini appunto di offensività, al fine di garantire che il diritto penale si ponga effettivamente come *extrema ratio*. Essi sono l'art. 25 Cost., ossia il principio di materialità, che postula la necessaria sussistenza di un "fatto di reato" al fine di escludere la punibilità delle mere manifestazioni di pensiero.

Vi è poi l'art. 21 Cost. tutela appunto le manifestazioni di pensiero, pertanto il diritto penale, salvo i limiti dell'istigazione a delinquere o dell'apologia, non può incriminare le stesse. Ulteriore fondamento del principio di offensività è dato dall'art. 27 Cost. che al co I prevede il principio di personalità della responsabilità penale, mentre al co III statuisce il principio del finalismo rieducativo che impone al legislatore di sanzionare solo fatti offensivi, altrimenti, diversamente la pena non sarebbe rieducativa, e si finirebbe con il sanzionare la mera disobbedienza. L'art. 13 tutela la libertà personale e postula che essa venga incisa mediante sanzione penale solo ove la condotta del soggetto abbia inciso su un bene costituzionale almeno di pari rango, e da ultimo, sotteso al principio di offensività, vi è, a livello di legge ordinaria, l'art 49 co II c.p.⁴⁰⁵ che disciplina il reato impossibile per inidoneità dell'azione o inesistenza dell'oggetto. Esso statuisce che "la punibilità è altresì esclusa quando per l'inidoneità dell'azione o l'inesistenza dell'oggetto, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso. In tali casi il fatto è tipico, integra cioè tutti gli elementi costitutivi della fattispecie penale, anti giuridico, colpevole ma non offensivo. In ragione della sua non offensività l'ordinamento penale si arresta, evitando di incidere sulla libertà del soggetto mediante la sanzione penale.

⁴⁰⁵ Sul punto si veda il fondamentale arresto della Corte Cost. 26 marzo 1986 n. 62, in CED Cass., 1986, n. 12302 secondo cui "poiché nel nostro ordinamento vige il principio di offensività, alla cui luce – sia esso, o meno, di rango costituzionale – ogni interpretazione di norme penali va condotta, è compito del giudice, e non obbligo del legislatore, stabilire, valendosi degli strumenti ermeneutici che il sistema offre e, primo fra tutti, dell'art. 49, comma secondo, c.p. (c.d. reato impossibile), se una concreta fattispecie sia idonea o meno ad offendere i beni giuridici tutelati dalle normative in discussione, al fine di determinare, in concreto, la soglia del penalmente rilevante; entro la quale al giudice stesso spetta, comunque, graduare la pena in ragione della gravità del reato e delle circostanze". Per un approfondimento sul rapporto tra reato impossibile e principio di offensività si veda G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1966, 106 e ss., spec. 199 ss.; Id., voce *Reato impossibile*, in NN.D.I., XIV, 1967, 974 ss. Si vedano anche F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 445 e ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, 629 e ss., G. FIANDACA, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1991, 61 e ss.

Ciò è frutto della c.d. “concezione realistica del reato” la quale postula un giudizio circa l’offensività in concreto del fatto di reato, integrato in astratto in tutti i suoi elementi costitutivi. L’offesa tipica deve cioè realmente offendere il bene giuridico tutelato dalla norma, altrimenti pur essendo tipico il fatto, non può trovare una risposta sanzionatoria a livello penale. La conferma di ciò è data dallo stesso art. 115 c.p. il quale statuisce infatti la non punibilità degli accordi o delle istigazioni non seguiti poi dalla commissione del reato. Tale condotta, indice solamente di pericolosità sociale, può essere colpita non già da una sanzione penale, bensì eventualmente da una misura di sicurezza.

La stessa normativa sul processo minorile evoca la concezione realistica del reato all’art. 27 Dpr 448/1998 e altresì per taluni reati di competenza del giudice di pace, *ex* art. 34 Dlgs 2000/274.⁴⁰⁶ Nella stessa legislazione settoriale era infatti presente una norma simile all’art. 131 *bis* c.p., ma mentre in tale settore si determina un’improcedibilità processuale, con l’art. 131 *bis* c.p. si introduce una causa di non punibilità in senso sostanziale, con la conseguenza che varierà in senso più favorevole la formula assolutoria per l’imputato, e non può rilevare l’eventuale opposizione della persona offesa che invece può operare nella normativa settoriale poc’anzi menzionata. Si segna così il passaggio dalla meritevolezza della pena alla sua inopportunità. Nel senso che, seppure il fatto realizza la fattispecie tipica, e dunque realizza proprio quella condotta che la norma penale vuole evitare, sanzionandola, tuttavia per la tenuità del fatto una pena sarebbe, seppur astrattamente legittima, inopportuna con riguardo alla concreta offensività provocata.

Del resto, la crescente attenzione al principio di offensività si può scorgere in numerosi interventi della Corte Costituzionale (n. 62/1986 in materia di detenzione di materiale esplosivo, n. 360/1995 in materia di coltivazione di piante stupefacenti, n. 225/2008 per quel che attiene il possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli, o ancora in materia di disastro aviatorio, questa volta per opera della Cassazione) tutti tesi a trasformare i reati di pericolo astratto (in relazione ai quali si valuta la messa in pericolo del bene tutelato da un punto di vista astratto), in reati di pericolo concreto, richiedendo la necessità di vagliare se la condotta, considerata pericolosa in astratto dal legislatore, lo sia stata anche in concreto.

⁴⁰⁶ Al fine di avere un dettagliato quadro ricostruttivo si veda E. TURCO, *I prodromi della riforma*, in AA. VV., *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di TRIGGIANI, Torino, 2014, 221 e ss.

In questa tendenza “restrittiva del sistema”, volta ad incidere su fattispecie di pericolo che anticipano la soglia di rilevanza penale alla semplice messa in pericolo, senza attendere la lesione del bene protetto, ma che parallelamente ne richiedono una valutazione in concreto dell’offensività, anziché solo astratta, si colloca anche l’art. 131 *bis* c.p. il quale va ulteriormente oltre.

Per effetto della L. delega 67/2014, il D.lgs 28/2015 codifica la non punibilità per particolare tenuità del fatto. È insito nella stessa rubrica dell’articolo l’ulteriore passo avanti in senso restrittivo: se con il reato impossibile ci si arrestava nel predisporre la sanzione penale perché il fatto pur essendo tipico, antigiuridico, e colpevole (già di per sé requisiti sufficienti per la concezione tripartita del reato a determinare la risposta sanzionatoria penale) qualora non offensivo impedisce la risposta sanzionatoria penale, ex art. 49 cpv c.p., con l’art. 131 *bis* c.p., pur essendo offensivo tale fatto, ciò nonostante non si appresta alcuna risposta sanzionatoria, elidendo una responsabilità penale che, avuto riguardo agli elementi costitutivi della fattispecie, dovrebbe invece sussistere. Ciò per ragioni di deflazione del carico processuale, e dunque di economia processuale nonché per esigenze umanitarie tese ad evitare il sovraffollamento carcerario per i reati di minore gravità. In questi casi il PM dovrà chiedere l’archiviazione ed il giudice deve assolvere perché il fatto non è punibile per “particolare tenuità del fatto” avuto riguardo alle modalità della condotta ovvero all’esiguità del danno o del pericolo oltre che alla non abitualità del comportamento.

Ecco dunque che il diritto penale si arresta non solo quando il fatto non è offensivo, bensì anche quando lo è, ma in via tenue. Di qui la c.d. “depenalizzazione in concreto”, essa si differenzia dalla depenalizzazione vera e propria, che postula la trasformazione dell’illecito penale in illecito amministrativo, con conseguente sostituzione *ex lege* della sanzione penale con la sanzione amministrativa.⁴⁰⁷ Con l’art. 131 *bis* c.p. si rimette infatti all’organo giudiziale la valutazione discrezionale circa la tenuità del fatto e gli ulteriori elementi costitutivi (quali la non abitualità del

⁴⁰⁷ Autorevole dottrina (F. GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in G. VASSALLI (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, 192 - 193) identifica la decriminalizzazione con la depenalizzazione *stricto sensu* intesa, ossia la trasformazione della fattispecie di reato in illecito amministrativo: è questa la nozione che si accoglie di depenalizzazione), distinguendola dalla depenalizzazione *lato sensu intesa*, ossia quale la rinuncia da parte dell’ordinamento a qualsiasi forma di punizione dell’illecito, sia essa penale o amministrativa), la stessa viene definita anche “depenalizzazione secca”. La depenalizzazione in concreto si ha invece quando il fatto rimane disciplinato tra le fattispecie di reato, ma si demanda al giudice il compito di valutare se, valutata l’offensività, quel fatto tipico, antigiuridico e colpevole meriti una sanzione oppure no, caso per caso.

comportamento, ovvero ancora la sussistenza di un reato punibile con pena non superiore nel massimo a 5 anni). Di qui l'espressione "depenalizzazione in concreto".

Per comprenderne gli effetti sul versante civilistico è necessario vagliare la natura giuridica della fattispecie in parola. Se infatti si concepisse il 131 *bis* c.p. come una causa di giustificazione esso inciderebbe sul versante oggettivo elidendo l'antigiuridicità del fatto. Se così fosse, poiché le cause di giustificazione sono principi generali del nostro ordinamento, e postulano che un soggetto seppur abbia posto in essere un comportamento tipico, non venga punito per la sussistenza di un'espressa causa di giustificazione che lo legittima a compiere tale fatto. Quest'ultimo sarebbe scriminato per l'intero ordinamento giuridico. Se così è, non potrebbe dirsi antigiuridico nemmeno per l'ordinamento civile, di conseguenza nessuna tutela risarcitoria sarebbe accordata per la vittima dell'illecito, illecito che, si ribadisce, è stato per questa offensivo, avendo inciso su un bene giuridico, seppur in via lieve, ed in quanto tale dovrebbe comportare, sul piano civile, la risposta riparatoria.

La dottrina però è quasi unanime nell'accordare all'art. 131 *bis* c.p. una diversa natura, esso integra una causa di non punibilità in senso stretto. L'assunto è recentemente stato confermato anche dalla Corte Costituzionale con sentenza del 3 marzo 2015 n. 25. In tal caso il fatto permane tipico, antigiuridico, e colpevole, sebbene non punibile. Permanendo intatta l'antigiuridicità della condotta permane del pari, sul piano civile, la tutela risarcitoria.

Si è detto che i tali casi il PM può chiedere l'archiviazione, ovvero il giudice può prosciogliere l'imputato in sede di dibattimento. Ora, nel primo caso, il provvedimento di archiviazione non fa stato nel giudizio civile o amministrativo, producendo quale unico effettivo pregiudizio l'accertamento del fatto – reato, di cui si potrà in futuro tenere comunque conto ai fini di una valutazione circa l'abitudine del comportamento. Ove il PM non abbia ritenuto sussistenti i presupposti per chiedere l'archiviazione, la declaratoria di non punibilità può essere pronunciata in sede di dibattimento, ovvero a seguito di esso, ai sensi dell'art. 529 c.p.p. Se è dunque vero che in ambito penale si verifica un certo "arretramento" della risposta sanzionatoria, a conferma di una certa tendenza "restrittiva" che si sta verificando anche in tale settore dell'ordinamento, posto che, come visto, non si va a sanzionare mediante pena un fatto che dovrebbe comportarne la sua applicazione, stanti i principi generali che governano la responsabilità penale, del pari il legislatore e per il tramite di esso l'ordinamento, sente

però la necessità di mantenere ferma la tutela della vittima in campo civile, garantendone la tutela risarcitoria.

Nei casi poc'anzi menzionati infatti, si verificheranno gli effetti previsti dall'art. 615 *bis* c.p.p. volta a salvaguardare gli interessi della persona offesa, ovvero della parte civile, posto che statuisce che “la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato, ovvero sia intervenuto nel processo penale”.

Si osserva peraltro che tale arretramento della soglia di intervento del diritto penale comporta che se per un verso la responsabilità civile si sta per così dire penalizzando, introducendo forme di responsabilità sanzionatorie, la responsabilità penale per converso si sta civilizzando, riducendo il suo intervento, per il tramite del 131 *bis* c.p. da sanzionatorio a fini meramente riparatori. Per effetto dell'operare della particolare tenuità del fatto infatti, questo non verrà sanzionato penalmente, ma l'accertamento del giudice penale farà comunque stato nel processo civile ai solo fini risarcitori. Egli avrà pertanto compiuto un'attività processuale che lungi dal culminare con una sanzione penale, terminerà unicamente con una sanzione di tipo civilistico – risarcitoria. Del resto, tale constatazione è stata esplicitata nel comunicato del Governo, che in chiusura del Consiglio dei Ministri del 12 marzo 2015 in cui è stato approvato in via definitiva lo schema del decreto legislativo ha affermato che “quando l'offesa sia tenue e segua ad un comportamento non abituale [...], lo stato rinuncerà ad applicare una pena per attuare una tutela risarcitoria e/o restitutoria tipicamente civile”.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ Il comunicato stampa del Consiglio dei Ministri così recitava: “Il provvedimento recepisce le proposte elaborate dalla Commissione ministeriale Palazzo in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla legge 67/2014 in materia di pene detentive non carcerarie oltre ad alcune specifiche indicazioni espresse dalle Commissioni parlamentari. Il principio alla base delle nuove norme prevede che quando l'offesa sia tenue e segua ad un comportamento non abituale lo Stato possa demandare alla sede civile la relativa tutela. La risposta sanzionatoria dovrà quindi tener conto dell'entità dell'offesa, delle circostanze del fatto, della personalità dell'autore e della natura del bene tutelato. Due sono i criteri sui quali deve incardinarsi il giudizio di "particolare tenuità del fatto", secondo il primo comma del nuovo art. 131 *bis* c.p. Solo a seguito di un accertamento rigoroso di tali condizioni da parte del giudice, lo Stato rinuncerà ad applicare una pena per attuare una tutela risarcitoria e/o restitutoria tipicamente civile. Il provvedimento prevede inoltre che il giudice, nel valutare il fatto, oltre ai rigorosi limiti normativi, debba tenere conto le istanze della persona offesa e dello stesso indagato o imputato, le cui contrapposte ragioni devono emergere nella dialettica procedimentale, tanto in fase di contraddittorio sulla eventuale richiesta di archiviazione quanto nella fase dibattimentale. Nel decreto legislativo vengono infine introdotte le

È certo, che l'art. 131 *bis* c.p. se dal punto di vista della vittima non elide la sua tutela risarcitoria, grazie al permanere, come visto, dell'antigiuridicità della condotta, dal punto di vista del danneggiante ne attenua la sua responsabilità, elidendo quella penale per lasciare in vita la sola responsabilità civile. È chiaro dunque che la non punibilità per particolare tenuità del fatto incide sul *quantum* della responsabilità del danneggiante, in via a lui favorevole, per superiori esigenze sociali.

Ora, se da un lato si ha conferma di una certa tendenza restrittiva del sistema nella configurazione, valutazione e quantificazione della responsabilità del danneggiante, vi è da considerare che si può scorgere un certo *fil rouge* all'interno dell'ordinamento, volto a prevedere tutto ciò per superiori esigenze sociali: nel caso dell'art. 131 *bis* c.p. l'economia del sistema processuale ed il sovraffollamento carcerario prevalgono sull'esigenza di sanzionare il colpevole della violazione. Del pari, come visto, la solidarietà sociale legittima forme di limitazione della responsabilità civile per superiori esigenze, che talvolta comporta una *deminutio* di tutela per la vittima dell'illecito, costretta a sopportare una parte del danno in funzione solidaristica, come poc'anzi visto.

Più nel dettaglio, non è certo errato paragonare il filtro di bagatellarità posto dallo stesso art. 2 Cost. per effetto delle Sezioni Unite San Martino, con il simile filtro di bagatellarità che il legislatore ha sotteso all'art 131 *bis* c.p., escludendo la rilevanza di questi fatti non così gravi da un punto di vista offensivo da giustificare l'intervento della sanzione penale. È come se vi fosse una sorta di obbligo di sopportare questi danni da parte dell'ordinamento, chiaramente in una sola ottica penale, per superiori esigenze, date appunto da quelle esigenze sociali e umanitarie di evitare il sovraffollamento e le condizioni di detenzione disumane, che peraltro sono state più volte censurate mediante sanzione da parte dell'Unione europea. Di qui il collegamento tra il filtro della clausola bagatellare di cui all'art. 2 Cost. nel sistema della responsabilità civile ed il filtro di "offensività", peraltro sotteso alla stessa clausola bagatellare, previsto dall'ordinamento penale. Si è infatti detto che talune tipologie di danno non patrimoniale non potrebbero trovare una risposta civile risarcitoria perché in realtà non così offensive e talvolta affatto offensive di beni giuridici costituzionalmente tutelati.

Anche il sistema amministrativo va nella stessa direzione: da un lato prevede il superamento della pregiudiziale amministrativa, permettendo al privato di non agire in giudizio per ottenere il preventivo annullamento dell'atto amministrativo lesivo, ma di

modifiche necessarie ai fini dell'iscrizione in un apposito casellario giudiziario dei provvedimenti in materia di particolare tenuità del fatto".

chiederne direttamente il risarcimento, dall'altro, in pratica, ne decurta l'ammontare ritenendo di fatto esigibile, *ex art. 1227 c.c.* la preventiva richiesta di azione costitutiva di annullamento, presupponendo che la stessa, ove esperita avrebbe potuto evitare una parte del danno sofferto.⁴⁰⁹ Di qui l'operare del principio di auto-responsabilità che vede diminuito, se non in certi casi azzerato, il risarcimento del danno per la vittima dell'illecito.

4.5. L'evoluzione nel sistema risarcitorio del danno non patrimoniale: il danno morale e l'inesorabile "ginepraio".

Chiarito dunque l'approdo delle Sezioni Unite 2008 in merito alle limitazioni apportate al riconoscimento del pregiudizio del danno non patrimoniale, nonché di fatto la necessità di limitare la tutela risarcitoria per la vittima dell'illecito per effetto della clausola bagatellare, a seguito delle stesse si è assistito ad una complessa evoluzione giurisprudenziale in merito alla risarcibilità del danno biologico, morale ed esistenziale al fine di ovviare al problema delle duplicazioni delle poste risarcitorie, e parallelamente cercare di dare attuazione ad una "integrale" riparazione del danno.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Cass., S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254 – resa su ricorso proposto avverso Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12 – nella quale è stato pronunciato il seguente principio di diritto: "Proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento".

⁴¹⁰ Si riporta sul punto il tratto fondamentale della storica sentenza del 1986 la quale ha fornito una lettura costituzionalmente orientata del danno non patrimoniale al fine di evitare la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. iniziando ad attuare quella sorta di "travaso" del danno non patrimoniale dall'art. 2059 c.c. all'art. 2043 c.c., sullo stesso solco si apre qualche anno dopo la risarcibilità del danno esistenziale. la sentenza n. 184/1986 viene emessa a seguito di una nuova questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo agli artt. 2043 c.c. e 2059 c.c., ritenuti non in grado di offrire una tutela piena ed effettiva al diritto alla salute. Nella pronuncia si afferma che "se nell'ordinamento non esistessero altre norme o non fossero rinvenibili altri principi relativi al danno biologico e, pertanto, quest'ultimo fosse risarcibile solo ai sensi dell'art. 2059 c.c. e cioè, salvo pochissime altre ipotesi, soltanto nel caso che il fatto costituisca (anche) reato e relativamente ai soli (conseguenti) danni morali soggettivi, si porrebbe certamente il problema della costituzionalità dell'art. 2059 c.c. [...]. Esiste tuttavia un'altra strada per adeguatamente soddisfare le esigenze poste dalla giurisprudenza in ordine al danno biologico [...]. Gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza, ai fini dell'inquadramento sistematico del danno biologico, si sono infatti coerentemente orientati verso una lettura dell'art. 2043 c.c. diversa da quella tradizionale. [...]. In particolare, soltanto il collegamento tra l'art. 32 Cost. e l'art. 2043 c.c., imponendo una lettura costituzionale di quest'ultimo articolo, consente d'interpretarlo come comprendente il risarcimento, in ogni caso, del danno biologico. [...]. Infatti, l'art. 2043 c.c. è una sorta di norma in bianco: mentre nello stesso articolo è espressamente e chiaramente indicata l'obbligazione risarcitoria, che consegue al fatto doloso e colposo, non sono individuati i beni giuridici la cui lesione è vietata. [...]. Il riconoscimento del diritto alla salute, come fondamentale diritto della persona umana,

Invero, la tendenza “espansiva” del sistema nel risarcimento del danno non patrimoniale mostra tutta la sua portata nella prassi risarcitoria che si è avuta non solo per il danno esistenziale, bensì anche per il morale, tanto che si è arrivati a considerare il “rischio di duplicazioni risarcitorie”, addirittura. E, a ben vedere, tale non è stato solo un “rischio” posto che effettivamente talvolta si è duplicato il risarcimento per la vittima finendo con il sanzionare l’autore della condotta, costretto a pagare “due volte”, così arricchendo il danneggiato, anziché solo ripararlo per le conseguenze dannose subite. Tale processo si è avuto soprattutto nell’ambito del risarcimento del danno esistenziale e morale.

Già chiarito il significato di danno esistenziale, nonché l’unitaria categoria del danno non patrimoniale predicata dalle Sezioni Unite San Martino, è necessario ora descrivere la portata dell’espressione “danno morale”, per evidenziare come, a seguito di un’intensa evoluzione sul punto, esso ad oggi si distingue dal danno biologico e dal danno esistenziale.⁴¹¹ Esso è costituito dalla sofferenza che il soggetto subisce a seguito di una lesione fisica, ma non solo.

Se lo si concepisse in tal modo non potrebbe mai sussistere in assenza di un accertato danno biologico, assunto sconfessato da tutte quelle pronunce di legittimità⁴¹² e merito che hanno risarcito il danno morale (così come l’esistenziale) in assenza del biologico.⁴¹³ Con esso si identifica la sofferenza “interiore”, il *pati* che la lesione genera e, se da un lato le Sezioni Unite 2008 hanno evidenziato l’unitarietà del danno non patrimoniale, nella sua natura omnicomprensiva, relegando a mere voci descrittive le diverse locuzioni di danno (morale ed esistenziale), si è parimenti evidenziato, anche in seguito al *dictum* della Suprema Corte, che esso comunque deve trovare compiutamente ristoro, evitando automatismi risarcitori che lo individuino in una mera percentuale del danno biologico. Ciò proprio in considerazione del fatto che a venire in rilievo è un diritto inviolabile della persona, ossia l’integrità morale, che *ex art. 2 Cost.*, non può che essere tutelata da una risposta risarcitoria senza che possa quantificarsi il valore

comporta il riconoscimento che l’art. 32 Cost. integra l’art. 2043 c.c., completandone il precetto primario”.

⁴¹¹ Sul punto si veda anche M. FRANZONI, *Il danno morale*, in *Contr. impr.*, 1990, 317 e ss., secondo cui “il danno non patrimoniale è un effetto ulteriore dell’illecito civile, pur collegabile al medesimo fatto, talché assume carattere strettamente complementare della sanzione penale. Ciò comporta che il risarcimento del danno morale persegue scopi di più intensa repressione e prevenzione, di per sé estranei al risarcimento del danno patrimoniale”.

⁴¹² Cass., sez. III, 14 gennaio 2014, n. 531.

⁴¹³ Sul punto si veda Cass., sez. III, 3 ottobre 2013, n. 22585.

dell'integrità morale come una quota minore proporzionale al danno alla salute,⁴¹⁴ scomodando peraltro, nel richiamo, la Carta di Nizza contenuta nel Trattato di Lisbona.

La stessa penna del Consigliere Travaglini scrive in una recente pronuncia:⁴¹⁵ “ogni *vulnus* arrecato ad un interesse tutelato dalla Carta costituzionale si caratterizza, pertanto, per la sua doppia dimensione del danno relazione/proiezione esterna dell'essere, e del danno morale/interiorizzazione intimistica della sofferenza”. Spetta la giudice valutare entrambi questi differenti aspetti del danno, procedendo “ad una riparazione che, caso per caso, nella unicità e irripetibilità di ciascuna delle vicende umane che si presentano dinanzi a lui, risulti da un canto equa, dall'altro consonante con quanto realmente patito dal soggetto, pur nella inevitabile consapevolezza della miserevole incongruità dello strumento risarcitorio a fronte del dolore dell'uomo, che dovrà rassegnarsi a veder trasformato quel dolore in denaro”.

Due sono dunque i limiti di confine dell'operazione risarcitoria che deve porsi in equilibrio tra gli opposti estremi: il principio di integrale riparazione del danno, che non può e non deve seguire automatismi risarcitori, e quello dell'evitare duplicazioni risarcitorie, pena lo spettro di una responsabilità civile che non si fa più riparatoria ma che, obbligando il danneggiante a pagare due volte lo stesso (o parte dello stesso) danno, lo andrebbe a sanzionare, in palese spregio al *ne bis in idem* civilistico, se di esso è dato parlare.

Si deve infatti distinguere tra “natura unitaria” del danno non patrimoniale e “natura omnicomprensiva”: non vi è infatti alcuna diversità nell'accertamento e nella liquidazione del danno causato ad un diritto costituzionalmente garantito (“natura unitaria”) ed il giudice deve valutare tutte le conseguenze dannose, nessuna esclusa, evitando però duplicazioni, ed evitando parimenti di oltrepassare la soglia minima di apprezzabilità data dalla clausola imposta dall'art. 2 Cost., onde evitare risarcimenti bagatellari, ossia inferiori alla c.d. “soglia di risarcibilità” (“natura omnicomprensiva”).⁴¹⁶ In altre parole, la si riferisce all'interesse costituzionale posto alla base del risarcimento, predicando che non vi devono/possono essere differenze nella quantificazione del danno a seconda del diverso diritto costituzionalmente tutelato che subisce la lesione. La natura omnicomprensiva postula la necessità di considerare

⁴¹⁴ Cass. sez. III, 13 maggio 2009, n. 5770.

⁴¹⁵ Cass., sez. III, 9 giugno 2015, n. 11851.

⁴¹⁶ Hanno ribadito il carattere unitario del danno non patrimoniale, *ex plurimis*: Cass., 18 novembre 2014, n. 24473, in *Mass. giust. civ.*, 2015; Cass., 13 novembre 2014, n. 24205, *ibidem*; Cass., 24 settembre 2014, n. 20111, *ivi*, 2014; Cass., 8 luglio 2014, n. 15491, *ibidem*; Cass., 6 marzo 2014, n. 5243, *ibidem*.

tutte le conseguenze negative prodotte dall'evento, con il limite però di evitare "duplicazioni risarcitorie".⁴¹⁷

A conferma di questa tendenza espansiva dell'ordinamento, di risarcire il danno non patrimoniale *sub specie* di danno esistenziale e morale, pur in assenza del biologico, una recente pronuncia della Cassazione in tema di immissioni precedentemente analizzata.⁴¹⁸ Si avverte sottesa l'esigenza di ancorarsi, quasi vi fosse una debolezza delle argomentazioni ritraibili dal sistema nazionale, a principi e norme sovranazionali, quali la CEDU, al fine di accordare legittimità all'operazione giuridica avvallata dalla Suprema Corte. Come a dire che l'art. 2 Cost., finora strumento necessario e sufficiente per ampliare la tutela risarcitoria, non sia parimenti sufficiente a reggere una simile – ulteriore – estensione di essa. Del resto, la stessa tendenza sovranazionale è quella di ammettere una visione lata del risarcimento del danno. Se pertanto i principi CEDU fanno ingresso nel nostro ordinamento, quali parametri di legittimità costituzionale interposti, per effetto dell'art. 117 Cost., non si può che prendere atto di tale tenenza espansiva e cercare di giustificarla anche a livello nazionale.

È necessario però prendere atto del grande ginepraio che all'indomani delle Sezioni Unite 2008 si è scatenato, o meglio, è perseverato, attorno alla portata ed alle definizioni di danno biologico, morale ed esistenziale, nonché ai criteri di quantificazione dello stesso, nonostante l'intervento del giudice della nomofilachia, animato dai migliori propositi.

Al riguardo, non si può certo parlare di unanimità di vedute, posto che si è sostenuto tutto ed il contrario di tutto: il danno esistenziale esiste (Cass., sez. III, 30 giugno 2011, n. 14402), il danno esistenziale non esiste (Cass., sez. III, 13 luglio 2011 n. 15373), il danno morale non esiste, e comunque non si può risarcire in aggiunta al biologico (Cass., sez. III, 13 luglio 2011, n. 15373), il danno morale esiste, e va risarcito in aggiunta al danno biologico (Cass., sez. III, 12 settembre 2011, n. 18641), il danno morale può sussistere o meno nel caso specifico, secondo una valutazione caso per caso spettante al giudice di merito (Cass., sez. III, 28 giugno 2011, n. 14263), per poi arrivare a sostenere che danno biologico, morale (sofferenza interiore) e dinamico relazionale

⁴¹⁷ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 488, "Tutto ciò è coerente e logico con la premessa iniziale che vede ridisegnati i rapporti fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. Poiché il secondo ha ampliato la sua area, e poiché il danno alla salute non riguarda le conseguenze economiche e reddituali del patrimonio della persona, è inevitabile concludere che tutto il danno alla salute debba essere risarcito in applicazione dell'art. 2059 e non già dell'art. 2043 c.c."

⁴¹⁸ Sulla conferma circa la sussistenza di tre voci di danno differenti si veda G. PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale, problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, 5 ss., 10.

(esistenziale) costituiscono pregiudizi non patrimoniali ontologicamente diversi e tutti risarcibili, poiché tale conclusione non contrasterebbe con il principio di unitarietà del danno non patrimoniale, giacché il principio delle Sezioni Unite San Martino, pur sancendolo, non permette una considerazione atomistica dei singoli effetti della condotta illecita *sub specie* di differenti ed autonomi tipi di danno (Cass., sez. III, 20 novembre 2012, n. 20292).

Ed ancora, a giustificare l'esistenza di una liquidazione di fatto di un danno distinta rispetto al biologico, la considerazione che l'illecito può essere pluri-offensivo, e per ciò solo si legittima il diritto ad ottenere un autonomo risarcimento del danno, sia morale che dinamico relazionale (esistenziale), escludendo ogni liquidazione di tale pregiudizio in misura pari ad una frazione dell'importo liquidabile a titolo del danno biologico (Cass., sez. III, 17 aprile 2013, n. 9231).⁴¹⁹

Sotto dunque il profilo della riparazione integrale del danno si è sostenuto a più riprese che il danno biologico, il danno morale, ed il danno alla vita di relazione rispondono, per così dire, a prospettive diverse di valutazione del medesimo evento lesivo, per l'appunto pluri-offensivo.⁴²⁰ Vale a dire che un determinato evento può causare ad un soggetto sia un danno alla salute, medicalmente accertabile, sia un dolore interiore, e, parimenti, un'alterazione delle abitudini di vita.

Se tanti e diversi sono i pregiudizi, essi devono tutti trovare ristoro, ma ciò non significa che il giudice sia tenuto, per ciò solo, in via automatica alla liquidazione di tutte queste singole poste di danno, con un effetto di sommatoria che rischia di duplicare il risarcimento, ma deve, al contrario, sulla base delle prove addotte, tenere in

⁴¹⁹ Favorevole all'autonomia del danno esistenziale, escludendo che per ciò solo possa ravvisarsi una duplicazione risarcitoria, D. CHINDEMI, *Il danno esistenziale "esiste"*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, II, 1455 E ss., secondo cui "la paventata duplicazione risarcitoria tra le varie voci di danno (biologico, morale ed esistenziale) può verificarsi solamente nel caso di confusione concettuale tra le stesse, opera di un interprete svogliato o distratto, non sussistendo più ragione alcuna di conglobare il danno esistenziale nel biologico o nel morale, stante l'autonomia tra tali diverse voci di danno", affermando inoltre che il risarcimento del danno esistenziale deve essere sempre "legato alla individuazione di una lesione di un diritto tutelato dalla Costituzione", posto che "non è una voce di danno inventata dalla dottrina o dalla giurisprudenza, ma corrisponde a specifiche esigenze di tutela della nostra società e alle sue spinte evolutive e per tale motivo non se ne potrà disconoscere l'esistenza". Si veda anche P. CENDON, P. ZIVIZ, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003.

⁴²⁰ Cass., sez. III, 20 novembre 2012, n. 20292. Si veda anche P. ZIVIZ e F. BILOTTA, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1307 e ss., che a sostegno della propria lettura osservano come "Una tassonomia scandita nelle distinte poste del danno morale, del danno biologico e del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di interessi costituzionalmente protetti diversi dalla salute, trascura la considerazione, quantomeno sul piano concettuale e terminologico – dei pregiudizi non patrimoniali (distinti dalle sofferenze) che discendono dalla violazione di interessi privi di garanzia costituzionale".

considerazione i vari aspetti della fattispecie dannosa, in modo tale da evitare sia vuoti risarcitori, sia parimenti duplicazioni. Viene allora da chiedersi se volendo a tutti i costi sancire il principio di unitarietà del danno non patrimoniale in nome dell'esigenza di evitare duplicazioni risarcitorie, non si finisca per ciò solo con escludere il (o una parte) di risarcimento, vulnerando così il principio di integrale riparazione del danno. O se, parimenti, l'esigenza di contenere i risarcimenti, in nome anche di ulteriori esigenze (quali ad es. l'esigenza di contenere i premi assicurativi), è superiore rispetto a tale principio, che pecca del fatto di non trovare un saldo e diretto appiglio costituzionale.

L'ultimo approdo sul punto (Cass. sez. III, 23 marzo 2016, n. 5691) è stato quello di "personalizzare" il risarcimento del danno non patrimoniale rispetto al rigido sistema di liquidazione tabellare per il biologico, involgendo, tale personalizzazione, la sfera del danno morale e dinamico relazionale. La Cassazione sostiene infatti che se la componente di danno non patrimoniale riconducibile al danno morale puro è quantificabile in una frazione del danno biologico, ciò non può precludere al giudice di merito, attesa la necessaria personalizzazione del danno, di discostarsi motivatamente dai sistemi tabellari, laddove la situazione concreta presenti caratteristiche tali da indurre ad una quantificazione maggiore rispetto a quella tabellare, ai fini di un'integrale riparazione del pregiudizio subito.⁴²¹ Ne deriva che la liquidazione del danno morale, non solo non è compresa nel biologico, ma essa può avvenire anche in modo extra-tabellare.

In una simile confusione, tre sono le contraddizioni⁴²²: si afferma la natura unitaria e omnicomprensiva del danno non patrimoniale ma si continua a parlare di "danno morale" e di "danno esistenziale" come se fossero entità reali esistenti e ontologicamente distinte. Si proclama l'illegittimità di duplicazioni risarcitorie che si avrebbero nel risarcire pregiudizi identici chiamati con nomi diversi, ma di fatto si avvallano le decisioni di merito che continuano a distinguere tra "danno biologico statico", "danno biologico dinamico – relazionale", ovvero tra "danno biologico" e "danno morale". Ed infine, si è indicato come criterio generale di liquidazione del danno biologico le tabelle di Milano, fondate su presupposti antitetici rispetto a quanto affermato dalle Sezioni Unite San Martino.

⁴²¹ *Contra*, in senso cioè contrario ad una liquidazione del danno morale come quota parte del danno biologico, favorevole invece al risarcimento di quest'ultimo quale autonoma categoria di danno, distinta dal biologico: Cass., 10 agosto 2004, n. 15434, in *Arch. Giur. Circ.*, 2005, 108. V. anche Cass., 14 luglio 2003, n. 10995, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, f. 7-8.

⁴²² G. LIPARI, con commento di M. ROSSETTI, in *Giust. Civ.*, 2012, 10, 2358.

Iniziando dal rapporto tra il danno biologico e quello morale si avvertono subito le prime incertezze del sistema. Fin dall'entrata in vigore del Codice del 1865 la giurisprudenza identificava i danni non patrimoniali con i danni morali, così rientravano in essi il danno alla salute, il danno da lesione dell'onore, il danno da uccisione del congiunto. Successivamente, come già accennato, ci si è resi conto che il danno non patrimoniale, così concepito, non avrebbe potuto trovare ristoro, lo impediva la stessa struttura dell'art. 2059 c.c., ecco che nacque l'idea che i danni non patrimoniali fossero tanti tipi, tutti diversi, e che soprattutto solo il danno morale c.d. "subiettivo" rientrasse nella previsione normativa di cui all'art. 2059 c.c.⁴²³ Di conseguenza la distinzione tra danno morale ed altri tipi di danno è da sempre conosciuta.

La stessa Corte Costituzionale intervenuta nel 1986 conferma che danno morale ed esistenziale sono due entità diverse, e che i danni non patrimoniali sono tanti e tutti diversi tra loro. La stessa idea fu fatta propria dalla Corte di Cassazione, che iniziò a duplicare, triplicare fino a quadruplicare i risarcimenti, risarcendo come pregiudizi autonomi e distinti il danno biologico, morale ed esistenziale. In questa scia si pose l'intervento chiarificatore già illustrato delle Sezioni Unite del 2008, le quali in controtendenza ribadirono che il danno non patrimoniale è una categoria unitaria, esattamente come quello patrimoniale, anche se può assumere molte forme e produrre molte conseguenze diverse; di tutte il giudice deve tenere conto.

Il danno esistenziale non esiste perché o l'illecito ha leso diritti inviolabili, ed allora è sufficiente l'applicazione dell'art. 2059 c.c., senza la necessità di creare un nuovo tipo di danno, oppure ha leso diritti non inviolabili, ed allora il risarcimento è ammesso nei soli casi previsti dalla legge.⁴²⁴ Inoltre, liquidare congiuntamente il danno

⁴²³ Si legge infatti nelle parole della Corte che "nell'ambito del danno non patrimoniale, di cui all'art. 2059 c.c., rientra, oltre al tradizionale danno morale subiettivo nei casi previsti dalla legge, anche ogni ipotesi in cui si verifichi una ingiusta lesione dei valori fondamentali della persona [...]"., si veda sul punto P. CENDON, P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti, dopo la sentenza 233/2003 della Corte Cost.*, in *Giur. It.*, 2003, 1777 e ss., M. FEOLA e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il nuovo danno non patrimoniale*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2007, 849 e ss.: "L'ingiustizia del danno assurge ad unico possibile criterio di selezione degli interessi "giuridicamente rilevanti", meritevoli di protezione secondo l'ordinamento civil-costituzionale, delineando un sistema unitario ispirato all'atipicità dei fatti produttivi di danni risarcibili, sia nel campo del danno patrimoniale, sia in quello del danno non patrimoniale".

⁴²⁴ Per vero, come osserva la dottrina (P. CENDON, *Danno esistenziale: segreti e bugie*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 86 e ss.) la giurisprudenza pur continuando a sostenere ciò, è risultata contraddittoria, poiché teoricamente nega la sussistenza della categoria del danno esistenziale, ma poi riconosce alla parte danneggiata il risarcimento per il pregiudizio esistenziale risentito dall'uccisione del congiunto. Inoltre riconosce che si tratterebbe di "profili di pregiudizio non limitato al mero dolore", e dunque evidentemente distinti dal danno morale, nonché di "limitazioni alla libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla

biologico ed il morale costituisce duplicazione risarcitoria. Di conseguenza il danno morale è semplicemente un modo diverso di chiamare quei pregiudizi che il soggetto ha subito per effetto di una lesione personale. È chiaro infatti che al di là della lesione personale in sé e per sé, essa non può che generare una sofferenza, un *patis*. Non si possono infatti scindere le due cose, salvo considerare la persona umana un robot, o un pupazzo, privo di esperienze sensoriali.

Ecco dunque che, una volta accertata l'esistenza di un danno alla salute, e quantificata l'invalidità permanente che eventualmente ne deriva, il giudice deve chiedersi se le conseguenze dannose siano già ricomprese o meno nella liquidazione del danno da invalidità permanente: in altre parole il dolore può essere o meno ricompreso nel danno biologico, secondo una valutazione da fare caso per caso, senza automatismi.

Per vero, possono ricorrere dei casi in cui la vittima ha subito sofferenze diverse rispetto a quelle fisiche patite per effetto della lesione, si pensi ad esempio ad un soggetto deturpato con l'acido al volto, certo egli subirà delle lesioni fisiche (ad esempio perderà la vista), e per questo avrà dolore, ma tale dolore può ben essere già ricompreso nella liquidazione dell'invalidità permanente, appunto.

Oltre a ciò però potrebbe anche soffrire per il fatto di doversi mostrare in pubblico con delle cicatrici deturpanti, e questo dolore "ulteriore" non è certo ricompreso nel dolore fisico – biologico, di talché potrebbe certo trovare autonomo ristoro. Esistono in altre parole dolori fisici e dolori morali, ed essi, se esistenti, vanno tutti risarciti, in quanto differenti. Ma ciò che è precluso fare al giudice, è dare per scontato che un dolore fisico abbia anche cagionato necessariamente un dolore morale. Perché altrimenti il soggetto danneggiante sarebbe costretto a pagare di più rispetto a quanto necessario per *riparare* le conseguenze dannose, ed il soggetto danneggiato troverebbe un'occasione di guadagno nell'illecito. La responsabilità civile andrebbe dunque non solo a *riparare* il danno subito, ma anche a *sanzionare* (per l'eccesso di risarcimento) il soggetto danneggiante, e parallelamente ad arricchire la vittima.⁴²⁵

famiglia". Per una ferma critica a questa sentenza v. anche DI MARZIO, *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il conforto costituzionale*, in *Dir. e giust.* 2005, n. 46, 20 e ss.

⁴²⁵ non vi è in realtà unanimità di vedute sul punto, alla tesi di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1957, 76 e ss., o Id. *Resp. civ. e danno*, Torino, 2010, 293 e ss., che assegna al risarcimento del danno non patrimoniale in questi termini descritti, una funzione riparatoria e satisfattoria, si è contrapposta quella parte della dottrina che ritiene appunto invece prevalente la funzione punitiva. Si veda ad es. G. BOLINI, *Il danno non patrimoniale*, (Milano 1983). In realtà, a ben vedere, senza voler prendere posizione per l'una o l'altra tesi, si può arrivare a considerare che la tutela possa svolgere funzioni diverse a seconda del caso, come sostiene altra autorevole dottrina (C. SALVI, *La Responsabilità*

Ulteriore fallacia del sistema è stata quella di continuare a liquidare il danno morale in misura pari ad una frazione del danno biologico anche nei casi di lesioni micro-permanenti, non considerando che il dolore derivante da una lesione di tal fatta non rimane tutta la vita, e dunque è incongruo basare sul risarcimento di un danno permanente il ristoro di un (presunto) pregiudizio solo temporaneo.⁴²⁶

Ecco perché numerose sono state le pronunce, anche a Sezioni Unite, che hanno avvallato la tesi che ha negato l'autonomia concettuale del danno morale, e così hanno finito con il sovrapporlo a quello biologico.

Accanto a tale orientamento ve ne è uno differente che sostiene l'esistenza in *rerum natura* di un pregiudizio differente dal danno alla salute, appunto il danno morale, e che pertanto il giudice deve procedere ad una liquidazione di entrambi. Peraltro, lo stesso può addirittura essere ritenuto in *re ipsa*, se solo si dimostri l'esistenza di una lesione fisica, sconfessando per tal via il monito delle Sezioni Unite, tanto attente a proclamare un sistema risarcitorio che eviti duplicazioni. Tale orientamento è peraltro stato avvallato dalla Cassazione, che nel 2008 con sentenza del 12 dicembre, n. 29191 ha sostenuto che il danno morale, anche in presenza di una lesione alla salute, costituisce una voce di danno dotata di una "logica autonomia in relazione alla diversità del bene giuridico protetto", avvallando peraltro la propria tesi per effetto del richiamo alla Carta di Nizza, e finendo per condannare l'autore del fatto illecito due volte per lo stesso pregiudizio, con buona pace del divieto di *ne bis in idem* civilistico.

Se si considera la rottura di un arto, aggiustato poi in modo scorretto, esso certo provoca una lesione fisica permanente, la quale può e deve essere medicalmente accertata mediante perizia medico legale. Il medico, chiamato a valutarla, dovrà quantificare una percentuale di invalidità biologica, quantificabile ad esempio in un 20%. Ma l'assunto da porsi è: avrà questi già considerato nell'invalidità del 20% il disagio dal camminare zoppicando? Perché se si ritiene di sì, potrebbe costituire duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione, in eccedenza rispetto al 20%, del danno morale. E ciò dovrebbe essere scontato, perché ritenere diversamente che le

civile, Milano 2005, 64 e ss., ed anche E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 354 e ss.

⁴²⁶ In particolare, sul punto si veda Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235, pubblicata, *ex multis*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 172-185, con nota di cuocci, utile per marcare la distinzione tra lesioni di lieve entità e le c.d. macro-lesioni.

lesioni personali rilevino di per sé, senza contare in esse il dolore provocato, significa, come poc'anzi accennato, considerare l'essere umano un robot, privo di dati sensoriali.

Ciò nonostante, la Cassazione⁴²⁷ ha convintamente affermato che il danno morale è una categoria ontologicamente autonoma e diversa dal danno biologico, ed esso va aggiunto sempre e comunque al biologico. La stessa Cass., sez. III, 9 giugno 2015, n. 11851 (Rel. Travaglino) apparentemente sembra ribadire lo stesso concetto, ossia la “non continenza” del danno morale nel biologico sulla base di una serie di indici operativi (il fatto che le tabelle di Milano elaborate peraltro dopo le Sezioni Unite San Martino, non abbiano di fatto mai eliminato l'elemento del danno morale come voce della più ampia categoria del danno non patrimoniale), di indici normativi, ossia l'emanazione di due successivi D.P.R. (il numero 37 e 191 del 2009) i quali al loro art. 5 hanno resa manifesta la volontà del legislatore di continuare a distinguere tra la voce del danno biologico e quella del danno morale, ed infine giurisprudenziali, per effetto della pronuncia della Cassazione 3 ottobre 2013, n. 22585 la quale conferma l'assunto. In particolare, la Cassazione 2015 sostiene che la sofferenza dell'individuo sarebbe sempre da scindere tra il dolore interiore (danno morale) e l'alterazione della vita quotidiana (il danno biologico, visto anche nella sua componente dinamico relazionale, oggetto di personalizzazione).

Ciò troverebbe l'avvallo della stessa Corte Costituzionale, che di qui a breve si analizzerà, in tema di legittimità costituzionale dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni in materia di lesioni micro-permanenti.⁴²⁸

La stessa pronuncia della Cassazione n. 7766/2015 poc'anzi menzionata conferma che danno morale ed esistenziale sono due realtà diverse e autonomamente risarcibili: il primo attiene agli aspetti interiori, al patema d'animo, il secondo si riferisce all'aspetto esteriore del pregiudizio, ossia l'alterazione *in pejus* della vita quotidiana. Tali danni, scrive Travaglino, devono necessariamente trovare adeguato ristoro al di là di “sterili formalismi unificanti”. Del resto di ciò vi sarebbe conferma nello stesso art. 612 *bis* c.p. che diversifica espressamente il danno derivante dalla condotta dello stalker il quale può concretizzarsi e dunque eventizzarsi tanto nell'alterazione delle abitudini di vita quanto

⁴²⁷ Cass., sez. III, 12 settembre 2011, n. 18641.

⁴²⁸ Corte di Giustizia, 23 gennaio 2014, n. C-371/12 [Enrico e Carlo Petillo contro Unipol Assicurazioni Spa] in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, 820-832, con nota di Sabbatelli. La Consulta ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, seguendo la linea assunta poco tempo prima dalla Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi sul possibile contrasto dell'art. 139 Cod. Ass. con i principi europei.

nel perdurante e grave stato di ansia e di paura, così distinguendo tra pregiudizio esistenziale e morale. Lo stesso D.D.L. concorrenza n. 2085/2015 diversifica espressamente le due tipologie di pregiudizio.

Di tutt'altro avviso Cass. 13 agosto 2015, n. 16788, la quale invece sostiene fermamente che al di là dei nomi utilizzati per descrivere i pregiudizi subiti, essi vanno risarciti solo se allegati e provati, e al tempo stesso si deve però verificare e prestare attenzione a non risarcire due volte uno stesso danno, magari solo perché qualificato con due nomi "diversi". Pertanto, quando si tratta di stabilire il valore del danno patito dalla vittima, il giudice non deve seguire categorie astratte, ma accertare tutti e soli i diversi pregiudizi effettivamente subiti.

Invero, quanti sostengono l'autonomia del danno morale rispetto al biologico, fanno leva su alcuni dati normativi: *in primis* il d.P.R. n. 37 ed il d.P.R. n. 181 entrambi del 2009. Il primo ("Regolamento per la disciplina dei termini e delle modalità di riconoscimento di particolari infermità da cause di servizio per il personale impiegato nelle missioni militari all'estero, nei conflitti e nelle basi militari nazionali, a norma dell'art. 2, commi 78 e 79 L. 24 dicembre 2007 n. 2444") prevede che venga data una "elargizione in danaro" ai militari ammalatisi a seguito dell'esposizione all'uranio impoverito. A ben vedere però, tale tipo di elargizione potrebbe evocare un indennizzo, non già la sussistenza di un risarcimento, ma il punto è quanto meno dubbio, per la determinazione del quale il regolamento stabilisce che alla vittima, *ex art. 5*, spetti una somma chiamata "danno morale" calcolata in percentuale a quanto liquidato a titolo di danno biologico.

Il secondo D.P.R. n. 18 ("Regolamento recante i criteri medico – legali per l'accertamento e la determinazione dell'invalidità e del danno biologico e morale a carico delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice, a norma dell'art. 6 L. 3 agosto 2004 n. 2066) prevede un criterio analogo, secondo il quale verrebbe espressa in una percentuale unica di invalidità, comprensiva del riconoscimento del danno biologico e morale.

La stessa Cassazione evidenzia che per effetto del sistema di liquidazione adottato dalle Tabelle di Milano, "nessuna cancellazione del danno morale è stata operata" per effetto di una presunta duplicazione risarcitoria – assente - ma a ben vedere, tale sistema risarcitorio rischia di porsi in contrasto con i principi affermati dalle Sezioni Unite San Martino, posto che di fatto si è, sulla base di esse, continuato a liquidare il danno morale in via "presuntiva, generalizzata ed automatica" esattamente come si faceva prima

dell'intervento delle Sezioni Unite, e ciò dovrebbe portare alla conferma che il danno morale rappresenta un'autonoma categoria di danno. Si afferma che il nuovo valore monetario del punto di invalidità, che di qui a breve si approfondirà, è stato determinato incorporando in esso anche la componente di danno non patrimoniale relativa alla sofferenza soggettiva, determinando un aumento del valore del punto pari al 25% per le invalidità dall'1 al 9 %, dal 26 al 50% per quelle comprese tra il 10 ed il 34 % e del 50% per le invalidità superiori al 34%. Ma se tale è lo stato dell'arte, allora viene da chiedersi se ciò non rappresenti comunque un automatismo, quello stesso che le Sezioni Unite volevano evitare. L'errore nella liquidazione del danno morale non stava tanto nel liquidarlo come una frazione del danno biologico in una percentuale da un quarto ad un mezzo, bensì nello sterile semplicismo ed automatismo attraverso il quale si pensava un quarto del danno biologico liquidasse e compensasse sempre e comunque la sofferenza morale.

Ad oggi, quello stesso "quarto" è ancora presente, sotto le nascoste spoglie dell'aumento del valore del punto del 25%. Di talché la Cassazione non ha affatto ritenuto che la duplicazione risarcitoria sia nel riconoscere il danno morale accanto al biologico, bensì nella liquidazione di esso in via automatica e forfettaria. Ecco che l'automatismo che si era inteso evitare è oggi invece prepotentemente presente.

È evidente l'assoluto ginepraio nel quale ci si sta muovendo nel risarcimento del danno non patrimoniale, che sta portando piano piano ad una "tendenza inversa" tutta volta a limitarlo anziché estenderlo, finendo con lo sconfinare anziché nel rischio della duplicazione risarcitoria, nella possibile quanto sicura pretermissione del suo risarcimento, proprio al fine di porre a freno un'eccessiva pratica risarcitoria mossa dall'esigenza di garantire l'integralità del risarcimento. Tale processo ha portato alla questione di legittimità costituzionale sul sistema del risarcimento delle lesioni micro - permanenti, che di qui a breve si esaminerà.

Se infatti per un verso le Tabelle confermano la tendenza c.d. espansiva nella liquidazione del danno, riconoscendo per l'appunto la sussistenza del morale accanto al biologico, anziché negarlo ritenendolo già compreso in esso, sull'assunto in base al quale sempre di sofferenza certo si tratta, ma di sofferenza diversa, che per ciò solo va risarcita anch'essa, per altro verso lo stesso sistema tabellare prevede un tetto massimo al risarcimento del danno. Ma ci si chiede se ciò avvenga effettivamente al fine di evitare i rischi di duplicazioni risarcitorie, come si vuole sostenere, ovvero se per evitare di risarcire una parte del danno effettivamente subito in funzione del bilanciamento tra

un diritto costituzionalmente tutelato quale quello alla salute, *ex art. 32 Cost.*, ed altre esigenze sociali, che a quanto pare, rivestono pari rango rispetto allo stesso, sottese al principio costituzionale di cui all'art. 2 Cost. Principio che sarà, come vedremo, posto alla base della giustificazione di una simile limitazione dalla stessa Corte Costituzionale.

Prima però di analizzare tale tendenza “inversa” del sistema, è bene comprendere come la portata espansiva della clausola di solidarietà sociale si sia manifestata sia nel sistema del danno non patrimoniale, sotto le sembianze dei diritti inviolabili della persona che hanno permesso di allargare le strettoie proclamate dall'art. 2059 c.c., sia in altri campi della responsabilità extracontrattuale, che di seguito verranno analizzati.

4.6. La c.d. “tendenza inversa” della solidarietà fa breccia nel danno non patrimoniale. Il sistema tabellare di liquidazione e la questione di legittimità costituzionale sulle micro-permanenti.

Dato l'inesorabile ginepraio creatosi a seguito delle Sezioni Unite San Martino, nonostante le stesse abbiano tentato di porre un freno alla risarcibilità del danno non patrimoniale, ed evidenziata l'incapacità della clausola bagatellare da sé sola di contenere il fenomeno risarcitorio, l'attenzione si è spostata sul sistema tabellare di quantificazione del danno non patrimoniale, incisa profondamente dalla sentenza della Consulta che di qui a breve si analizzerà, costretta ad intervenire “a gamba tesa” sull'attuale sistema di quantificazione del danno al fine di giustificare una limitazione quantitativa del risarcitorio sulla base dell'art. 2 Cost., che, sotto questa nuova luce, funge ora da strumento “contenitivo”.⁴²⁹

Si è detto che il danno non patrimoniale è oggi pacificamente un danno conseguenza, ciò è testimoniato dallo stesso sistema tabellare che ne quantifica il risarcimento (per quel che specificamente concerne il Codice delle Assicurazioni), senza tralasciare la personalizzazione e parallelamente, prevedendo un tetto massimo per contenere la proliferazione.⁴³⁰

⁴²⁹ Corte Cost. 16 ottobre 2014 n. 235.

⁴³⁰ Qui di seguito il problema di legittimità costituzionale sollevato nella sentenza della Corte Cost. n. 235 cit.: “Nella prospettazione sostanzialmente comune ai quattro giudici *a quibus*, il meccanismo tabellare di risarcimento del danno biologico (permanente o temporaneo) da lesioni di lieve entità derivanti da sinistro stradale, introdotto dal censurato art. 139 del d.lgs. n. 209 del 2005, darebbe luogo ad un sistema indennitario che limiterebbe la piena riparazione del danno, ancorandolo a livelli pecuniari riconosciuti, per via normativa, equi *ex ante*, ma che – sia per la rigidità dell'aumento percentuale dell'importo nella misura massima del quinto (20%), sia per la (ritenuta) impossibilità di liquidare l'eventuale, non contemplato, danno morale – non consentirebbe una adeguata personalizzazione del danno e determinerebbe, di conseguenza, una disparità di trattamento in relazione al riconoscimento del diritto al

L'assunto di partenza è che la lesione alla salute è certo una valutazione equitativa, in quanto tale bene non è suscettibile di una precisa valutazione economica, il problema però è comprendere se si tratti di un'equità pura, o piuttosto in qualche modo controllata nella fase di quantificazione del danno.

Proprio per evitare disparità di trattamento - che si sarebbero risolte in una lesione dell'art. 3 Cost. - la giurisprudenza ha elaborato il sistema tabellare basato sul punto di invalidità, al fine di rendere tale valutazione equitativa in qualche modo "controllata". Partendo dalla constatazione che vi è un sistema legificato di liquidazione solo per la circolazione stradale in tema di micro - permanenti, estese ad oggi anche alla responsabilità del sanitario, per effetto dell'art. 3 D.L. 153/2012 convertito in L. 158/2012 (c.d. Decreto Balduzzi), per tutto ciò che esula da tale campo, si deve avere riguardo alle Tabelle di Milano, assunte quali tabelle di riferimento a livello nazionale. I criteri per quantificare il danno sono l'età e la percentuale di invalidità: a parità di percentuale di invalidità, più è giovane il soggetto maggiore è il risarcimento.

Il sistema tabellare, così come descritto, conferma che il danno non patrimoniale è un danno conseguenza, perché, se fosse un danno in *re ipsa*, la salute di un giovane sarebbe liquidata esattamente come quella di una persona più anziana. Per contro, far variare il *quantum* del danno in relazione all'età significa risarcire non la salute in sé bensì le conseguenze per la lesione di essa avuto riferimento al caso concreto, e dunque a seconda delle effettive conseguenze inferte al soggetto.

Analizzando il sistema tabellare di liquidazione si comprende come esso sia proporzionale nel determinare il valore del punto di invalidità, ossia se un punto vale 1, due punti non varranno 2 bensì 1,2, quindi più sono i punti di invalidità, più essi valgono. Vi è dunque un criterio inizialmente automatico di quantificazione, che si basa sui punti di invalidità che vengono riconosciuti al soggetto mediante ad esempio la perizia medico legale, quindi, individuata l'età del soggetto, la tabella permette di

suo integrale ristoro, in base al diverso elemento causativo del danno stesso, oltre che un'ingiustificata prevalenza della tutela dell'esercizio dell'attività assicurativa rispetto alla tutela della lesione del diritto inviolabile alla salute. Da ciò, appunto, il denunciato contrasto con gli evocati parametri costituzionali – artt. 2, 3, 24, 32, oltreché 76 e – secondo i Tribunali ordinari di Brindisi e di Tivoli, ed il Giudice di pace di Recanati – anche con quelli interposti delle disposizioni europee (art. 6 del Trattato sull'Unione europea – TUE; artt. 2, 3, 6, 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 – CEDU – e art. 1 del Protocollo addizionale alla medesima Convenzione; artt. 1 e 3, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000), conducenti alla ulteriore violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.”.

quantificare in prima approssimazione il danno non patrimoniale, successivamente si può avere la c.d. “personalizzazione” a seconda delle circostanze del caso concreto.

Non è però sempre così. Prima di analizzare nel dettaglio il procedimento di quantificazione, si consideri che in taluni casi non è possibile una “libera” personalizzazione. Ad esempio, in materia di assicurazione si predetermina *ex ante* la personalizzazione e questa è: del 30% per le macro-permanenti e del 20% per le micro-permanenti. In tal modo, fissando cioè un tetto massimo, è stato osservato, si limita il risarcimento del danno, in deroga al principio dell’integralità del risarcimento.⁴³¹

È stata quindi sollevata questione di legittimità costituzionale, superata, come vedremo, positivamente dalla Consulta, proprio sulla base dell’art. 2 Cost. Vi sarebbe cioè sottesa a questo metodo di quantificazione, l’esigenza di contenere il risarcimento per fini solidaristici, in modo tale da evitare che i costi delle polizze assicurative diventino elevati, garantendo così l’accessibilità al sistema previdenziale a tutti.⁴³²

Ecco dunque che il principio solidaristico se da un lato permette, grazie all’apertura delle Sezioni Unite San Martino, di risarcire il danno non patrimoniale al di fuori della stretta tipicità fino a quel momento proclamata *ex art.* 2059 c.c., mediante appunto il catalogo “semi- aperto” dell’art. 2 Cost. che consente di risarcire tutti i diritti inviolabili della persona, parallelamente opera in senso inverso nel momento in cui va a limitare il danno risarcito alla vittima dell’illecito.

Il sistema, così come descritto, che si analizzerà più approfonditamente nel prosieguo, conferma dunque che si tratta - come detto - di un danno conseguenza. Il precipitato logico giuridico è la necessaria prova di esso. Ossia le conseguenze dannose vanno allegate e provate dal soggetto danneggiato, posto che non può essere considerato

⁴³¹ F. D. BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 129.

⁴³² Sul passaggio si riporta un punto fondamentale della pronuncia della Consulta: “la Corte di cassazione, con la già ricordata sentenza n. 26972 del 2008, ha puntualizzato come il bilanciamento tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà (di cui, rispettivamente, al primo e secondo comma dell’art. 2 Cost.) comporti che non sia risarcibile il danno per lesione di quei diritti che non superi il «livello di tollerabilità» che «ogni persona inserita nel complesso contesto sociale [...] deve accettare in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone». Al bilanciamento – che doverosamente va operato tra i valori assunti come fondamentali dalla nostra Costituzione ai fini della rispettiva, complessiva, loro tutela – non si sottraggono neppure i diritti della persona consacrati in precetti della normativa europea – ove questi vengano, come nella specie, in rilievo come parametri del giudizio di costituzionalità, per interposizione *ex art.* 117, primo comma, Cost. – poiché, come pure già precisato, «A differenza della Corte EDU, questa Corte [...] opera una valutazione sistemica e non isolata dei valori coinvolti dalle norme di volta in volta scrutinate» (sentenza n. 264 del 2012)

un danno in *re ipsa*. Tale onere della prova è però semplificato, in quanto la giurisprudenza permette di assolverlo mediante presunzioni.⁴³³

Sia il Codice delle Assicurazioni, sia le Tabelle di Milano fissano un tetto al risarcimento del danno che dovrebbe permettere alle compagnie assicurative di prevedere il massimale ed elidere quella aleatorietà che tale tipo di danno ha insita. Parallelamente garantisce al danneggiato la sicurezza del risarcimento del danno per effetto dell'assicurazione obbligatoria, resagli per tal via accessibile, ovvero grazie al Fondo Nazionale.

Nel momento in cui si parla di danno non patrimoniale esso può venire in rilievo sotto diverse categorie "solo descrittive" per espresso chiarimento delle Sezioni Unite San Martino. Esse non rappresentano infatti autonome categorie di danno, ma solo voci *descrittive* delle diverse accezioni che il danno non patrimoniale può assumere: biologico, morale, esistenziale, parentale, estetico, ecc.

Per quel che concerne specificatamente il danno biologico, è bene chiarire che ve ne sono due tipi: quello "giurisprudenziale", suscettibile di accertamento medico mediante CTU, e poi vi è un danno biologico "normativo" regolato dagli artt. 138 e 139 Codice Assicurazioni, che ammettono la suddetta ed esaminata personalizzazione del 20% e del 30%.

A tal riguardo, tanto la Cassazione (sent. 235/2014), quando la Corte di Giustizia nel 2014 hanno escluso che tale sistema collida con gli artt. 2,3,24,32,76 della Costituzione posto che nel nostro sistema non vi è una copertura costituzionale al principio dell'integrale risarcimento del danno (come già evidenziato nell'*incipit* della trattazione), di qui la possibilità per il legislatore di ridurre il danno risarcibile mediante la previsione di tetti massimi al risarcimento ove sussista una causa giustificativa adeguata. Nel caso di specie la stessa è data dai benefici dell'assicurazione obbligatoria e dalla correlata garanzia del risarcimento del danno anche grazie al Fondo Nazionale, nonché dalla possibilità di personalizzazione mediante il riconoscimento prima e la liquidazione poi del danno morale accanto al biologico.⁴³⁴

⁴³³ Sul punto si veda C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 320 e *passim*.

⁴³⁴ Vi deve però essere un obbligo motivazionale congruo e ricognitivo del ragionamento logico sotteso alla quantificazione, si veda sul punto, *ex plurimis*, Cass., Sez. III, 18 febbraio 2010, n. 3906: "il valore vincolante della definizione legislativa del danno biologico risultante dagli artt. 138 e 139 D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. codice delle assicurazioni), non avente carattere innovativo in quanto sostanzialmente ricognitiva e confermativa degli indirizzi giurisprudenziali in materia, impone, nella liquidazione del danno, un obbligo motivazionale congruo ed adeguato, che dia conto, ai fini del risarcimento integrale del danno alla persona e della sua personalizzazione, sia delle componenti a prova

Ora, tali previsioni, se in un certo senso possono dirsi condivisibili, potrebbero non essere totalmente accolte posto che ad essere bilanciate sono due esigenze, parimenti di rango costituzionale, le quali però non dovrebbero essere poste sullo stesso piano: da un lato la necessità di garantire l'iniziativa economica per le assicurazioni, ex art. 41 Cost., dall'altro l'esigenza di tutelare il diritto alla salute. Quest'ultimo, non essendo risarcibile *in toto*, finisce con l'essere subvalente rispetto alla prima necessità proprio per effetto della previsione di tetti risarcitori, nonostante vi sia un danno effettivamente subito dalla vittima.

Se è vero poi che il principio di integrale riparazione del danno non ha copertura costituzionale, è vero anche che in questi casi non si parla di un danno patrimoniale, che certo potrebbe essere bilanciato nel suo integrale risarcimento con l'esigenza di assicurare un'iniziativa economica, bensì di danno alla salute, ossia di una lesione ad un diritto fondamentale della persona. La Corte poi, nel legittimare tali limitazioni risarcitorie, parla a più riprese di "lesioni di lieve entità", facendo così riferimento all'art. 139 Codice Assicurazioni, ma non si comprenderebbe se le stesse limitazioni valgano anche per le macro - lesioni, ovvero se in questi casi, esse debbano dirsi *in toto* intollerabili, a prescindere da un'esigenza di solidarietà sottesa alle stesse previsioni limitanti, e dunque debbano trovare integrale risarcimento.⁴³⁵

Ciò posto, si consideri altresì, prima di analizzare *funditus* la questione, che il danno non patrimoniale dovrebbe essere sì risarcito *in toto*, grazie alla personalizzazione poc'anzi accennata, ma è parimenti necessario evitare duplicazioni risarcitorie.⁴³⁶ Il fenomeno si è in passato verificato in quanto la giurisprudenza era solita liquidare il danno biologico aggiungendo un *quid pluris* a titolo di danno morale

scientifico medico - legale, sia di quelle relative all'incidenza negativa sulle attività quotidiane c.d. inabilità totale o parziale, sia di quelle che incidono sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato che attengono anche alla perdita della capacità lavorativa generica e di attività socialmente rilevanti ovvero anche meramente ludiche, ma comunque essenziali per la salute o la vita attiva".

⁴³⁵ A. FRIGERIO, *La legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass.*, in *Danno e resp.*, 2014, 11, 1027, ove si rileva che le ragioni poste alla base delle argomentazioni della Corte Costituzionale in tema di lesioni micro-permanenti dovrebbero valere anche nell'ambito delle macro-lesioni, pur rilevando che in quest'ultimo caso occorre tener conto della gravità della lesione subita per predisporre un adeguato sistema risarcitorio.

⁴³⁶ Si riporta anche in questo caso il punto fondamentale della pronuncia della Corte: "Infatti, l'introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno – attinente al solo specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità e coerentemente riferito alle conseguenze pregiudizievoli registrate dalla scienza medica in relazione ai primi (nove) gradi della tabella – lascia, comunque, spazio al giudice per personalizzare l'importo risarcitorio, risultante dalla applicazione delle suddette predisposte tabelle, eventualmente maggiorandolo fino ad un quinto, in considerazione delle condizioni soggettive del danneggiato".

ed esistenziale non considerando che, invero, nella quantificazione tabellare del danno biologico, tali altre voci di danno erano già comprese, dando così luogo alla c.d. “duplicazione risarcitoria”.⁴³⁷ Ciò in quanto il danno biologico non è più il danno alla salute in sé e per sé considerato, bensì l’insieme delle conseguenze da lesione alla salute.

Quando quindi si procede alla personalizzazione, è unicamente per il fatto che le varie voci di danno, tutte già liquidate dalla quantificazione tabellare in base alle variabili del punto di invalidità e dell’età del soggetto, non sono sufficienti, avuto riguardo al caso concreto, a quantificare *in toto* il danno sofferto dalla vittima. Ecco dunque che per il principio di integrale riparazione del danno, devono essere considerate e corrisposte. Ma ciò non può dare luogo ad un automatico incremento della previsione tabellare, perché, così facendo, vi è il rischio di liquidare due volte lo stesso danno, con conseguente, appunto, duplicazione risarcitoria.

Del resto, le Sezioni Unite 2008 San Martino sono state granitiche sia per quanto riguarda il principio di integrale riparazione del danno, sia per la necessità di evitare, allo stesso tempo, duplicazioni risarcitorie.⁴³⁸ Affermano poi, proseguendo che il danno non patrimoniale è risarcibile anche in campo contrattuale quando scaturisca da un inadempimento, non solo dunque in conseguenza di un fatto illecito, *ex art.* 2043 c.c.⁴³⁹

⁴³⁷ C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 517.

⁴³⁸ In particolare, esse affermano che: “il danno non patrimoniale da lesione alla salute costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l’attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici. Ne consegue che è inammissibile, perché costituisce una duplicazione risarcitoria, la congiunta attribuzione alla vittima di lesioni personali, ove derivanti da reato, del risarcimento sia per il danno biologico, sia per il danno morale, inteso quale sofferenza soggettiva, il quale costituisce necessariamente una componente del primo (posto che qualsiasi lesione alla salute implica necessariamente una lesione fisica o psichica), come pure la liquidazione del danno biologico separato da quello c.d. estetico, da quello alla vita di relazione e da quello così detto esistenziale”. E ancora, “quando il fatto illecito integra gli estremi di un reato, spetta alla vittima il risarcimento del danno non patrimoniale nella sua più ampia accezione, ivi compreso il danno morale, inteso quale sofferenza soggettiva cagionata dal reato. Tale pregiudizio può essere permanente o temporaneo (circostanze delle quali occorre tenere conto in sede di liquidazione, ma irrilevanti ai fini dell’irrisarcibilità) e può sussistere sia da solo, sia unitamente ad altri tipi di pregiudizi non patrimoniali [...], in questo caso però il giudice dovrà tenere conto nella personalizzazione del danno biologico o di quello causato dall’evento luttuoso, mentre non ne è consentita un’autonoma valutazione”.

⁴³⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in s. MAZZAMUTO, *Il contratto e le tutele*, 2002, 467 e ss.; C. AMATO, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in Ponzanelli, *Il “nuovo” danno non patrimoniale*, 2004, 156 e ss.; NAVARRETTA, POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, 66 e ss.

Si tratta allora di comprendere dove stia il “bandolo della matassa”, dove cioè si possa effettivamente trovare un punto di equilibrio tra i due principi, dove sia la linea di confine varcata la quale si eccede nel rispetto di un principio, violando di conseguenza per questa differenza “eccessiva” l’ulteriore principio che deve essere bilanciato.

Si comprenderà a breve che l’ago della bilancia è rappresentato dal principio solidaristico secondo la Suprema Corte, ma ciò che viene da chiedersi è se sia effettivamente tale, se cioè il principio di solidarietà porti davvero alla riparazione integrale del danno risarcibile ovvero comporti una limitazione a volte non giustificata dello stesso. Si parla di danno “risarcibile” sottolineando come esso sia assolutamente differente dal “danno patito”, e non ci si riferisce al danno giuridico rispetto al mero danno materiale, *ex art. 1223 c.c.*, richiamato anche dall’art. 2059 c.c. in materia extracontrattuale, questo rappresenta solo il primo vaglio selettivo della posta risarcitoria, ci si riferisce alla differenza che è costituita - o meglio, determinata - proprio dal principio solidaristico, che impone in qualche modo - per esigenze almeno pari a quelle di tutela della salute - di sopportare una parte di questo danno.

Per comprendere l’assunto, è necessario vagliare nel dettaglio il sistema di quantificazione del danno, al fine di comprendere il motivo in base al quale si è pervenuti a sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto con l’art. 3 Cost. dell’art. 139 del Codice delle assicurazioni private per la liquidazione del danno biologico – permanente e temporaneo – conseguente a lesioni di lieve entità derivanti da incidenti stradali.⁴⁴⁰

Si consideri che il danno non patrimoniale, dopo le note sentenze San Martino del 2008, è un danno unitario, come detto, e vede al suo interno diverse voci, unicamente descrittive: esse sono il danno biologico, il danno morale ed il danno esistenziale.

Il danno biologico gode di una definizione legale data dal D.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 che agli artt. 138 co II lett. a) e 139 co II lo identificano nella “lesione temporanea o permanente all’integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico legale che esplica un’incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico- relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito”. Non vi è al contrario una

⁴⁴⁰ M. ROSSETTI, *Micro-permanenti: fine della storia*, in *Corr. giur.*, 2014, 1483; A. FRIGERIO, *La legittimità costituzionale dell’art. 139 cod. ass.*, cit. 1021; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno da micro permanenti: la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la funzione della responsabilità civile ed una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1834.

definizione normativa di danno morale, che tuttavia può essere identificato nel “pregiudizio non patrimoniale costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal fatto lesivo in sé considerato”. (art. 1, lett *b* d.P.R. 30 ottobre 2009 n. 181), “sofferenza la cui intensità e durata non assumono rilevanza ai fini dell’esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento”⁴⁴¹. Mentre il danno esistenziale è definibile, secondo la recente pronuncia della Cass. 7766/2016 come un danno dinamico relazionale corrispondente al radicale sconvolgimento della dimensione della vita quotidiana e cioè di quel rapporto dell’essere umano con la realtà esterna – tutto ciò che costituisce “l’altro da sé stessi”.

Il Codice delle assicurazioni, oltre a definire il biologico, prevede due tipi di strumenti di liquidazione: il primo, l’art. 138 previsto per le lesioni di non lieve entità (quando i postumi sono superiori al 9%), e l’art. 139 per quelle di lieve entità, con postumi inferiori o uguali al 9%. Per entrambi i danni è prevista una tabella unica su tutto il territorio nazionale, ma ad oggi, solo per i danni di lieve entità essa è entrata in vigore, per gli altri danni il Dicastero competente non ha ancora provveduto ad esercitare il potere normativo delegato.⁴⁴² Il sistema di calcolo è matematico e si basa su schemi tabellari che individuano valori standard di liquidazione del danno. La tabella contiene una colonna verticale dove sono indicati i punti di invalidità, ed una orizzontale con le fasce di età, l’incrocio tra i due dati determina il valore risarcitorio che deve essere liquidato, mediante l’unica forma di liquidazione possibile, vale a dire quella equitativa, anche attraverso criteri predeterminati e standardizzati. Il danno non patrimoniale non può infatti mai essere provato nel suo preciso ammontare,⁴⁴³ di talché la quantificazione di esso non può che avvenire ai sensi e per gli effetti dell’art. 1226 c.c.

Peraltro, l’aver introdotto una tabella unica nazionale risponde all’esigenza di salvaguardare il rispetto dell’art. 3 Cost., al fine di evitare che danni identici possano essere liquidati in misura diversa solo perché esaminati da differenti uffici giudiziari. Ciò non risponderebbe certo ad un principio di equità. È così che a partire dalla sentenza n. 12408 del 7 giugno 2011 la Suprema Corte ha indicato come “tabella di riferimento”

⁴⁴¹ Sezioni Unite, 11 novembre 2008 n. 26972.

⁴⁴² G. BUFFONE, “*Lezioni di diritto tabellare*”: dagli artt. 138, 139 Cod. Ass. alle leggi 27/12 e 189/12, in www.ilcaso.it. Si tratta in particolare del testo approvato dal Consiglio dei Ministri che nella riunione del 3 agosto 2011 aveva approvato uno schema di decreto del Presidente della Repubblica recante la “nuova tabella delle menomazioni all’integrità psicofisica comprese tra dieci e cento punti di invalidità e del valore pecuniario da attribuire ad ogni singolo punto, comprensiva dei coefficienti di variazione corrispondenti all’età del soggetto leso.

⁴⁴³ Cass. Civ., sez. III, 15 luglio 2009 n. 16448.

quella elaborata dal Tribunale di Milano⁴⁴⁴. I criteri orientativi di quantificazione sono stati aggiornati, da ultimo, nella riunione del 6 marzo 2013 in cui gli importi risarcitori sono stati aumentati della percentuale del 5,6535%, ricavata dagli indici ISTAT costo vita relativi al periodo 1.1.2011/1.1.2013. È dunque previsto un punto standard di danno biologico, incrementato di una percentuale variabile di danno morale, per arrivare così al c.d. punto di danno non patrimoniale, da cui il giudice può discostarsi (*in melius e in pejus!*) in ragione della personalizzazione.

Le tabelle in parola rappresentano dunque la base normativizzata di quantificazione del danno, sebbene lascino al giudice un margine di “apprezzamento” tale da consentirgli appunto una personalizzazione equitativa. Tale è la loro rilevanza giuridica che, nel caso in cui l’organo giudicante si discosti da quanto in esse previsto, ovvero adotti tabelle diverse da quelle meneghine, integrerebbe una vera e propria violazione di legge, secondo quanto affermato da Cass. 12408/2012, ovvero, per un diverso orientamento (Cass. 14402/2011), vizio di motivazione, *ex art.* 360 n. 5 c.p.c.

Ciò posto, l’aver previsto normativamente l’applicazione delle tabelle milanesi per le lesioni macro-permanenti, pone innanzi al dubbio circa la possibilità di applicazione analogica di tali tabelle anche alle lesioni derivanti da fatto illecito diverso dal sinistro stradale. Le tabelle prevedono criteri liquidatori non solo per le c.d. lesioni macro-permanenti, bensì anche per postumi inferiori al 9% (c.d. micro-permanenti). Ma nell’ipotesi tutt’altro che infrequente di postumi permanenti del 5%, ci si chiede quale criterio è necessario adottare: se cioè il 5% del valore tabellare previsto *ex art.* 139 Codice Assicurazioni, ovvero il 5% del valore tabellare milanese.

Un primo orientamento giurisprudenziale è favorevole all’applicazione analogica delle tabelle di cui all’art. 139 sulla considerazione in base alla quale è giuridicamente irrilevante la differenza sussistente tra lesioni derivanti dalla circolazione stradale e lesioni derivanti da altre cause, consistente unicamente in una differenza di mezzo con cui le lesioni sono state inferte.

Un secondo indirizzo si fonda sul fatto che il Codice delle Assicurazioni si riferisce al solo “danno biologico”, sicché quant’anche favorevoli all’applicazione analogica, rimarrebbero comunque estranei dal campo applicativo della disposizione in

⁴⁴⁴ È compito della Corte di Cassazione infatti assicurare l’esatta osservanza, “l’uniforme interpretazione della legge” e l’unità del diritto oggettivo nazionale, pertanto non esula dai suoi poteri - doveri quello di dettare i criteri necessari affinché sia garantita l’interpretazione uniforme delle menzionate disposizioni normative. Inoltre, tale opzione legislativa è dettata dall’esigenza di assicurare il rispetto dei principi di adeguatezza e proporzione, che presuppongono l’adozione di un parametro di liquidazione uniforme.

parola i pregiudizi di carattere non patrimoniale consistenti nelle sofferenze fisiche o psichiche patite dalla vittima, che sarebbero indennizzabili, anche nella R.C.A. mediante il riconoscimento di una somma ulteriore a titolo di personalizzazione del risarcimento.

Un diverso orientamento è contrario, facendo leva sulla collocazione della disposizione di cui all'art. 139 nel Titolo X "Assicurazione obbligatoria per i veicoli a motore e i natanti", e sulla ragione giuridica sottesa a tale previsione normativa, volta a dare una risposta unicamente settoriale al problema della liquidazione del danno derivante da circolazione stradale, al fine di contenere i risarcimenti che inciderebbero negativamente sui premi assicurativi determinandone l'innalzamento dei costi, e rendendo non accessibile a tutti la tutela assicurativa obbligatoria. Salvo però verificare la legittimità costituzionale di tale tetto al risarcimento del danno. La Suprema Corte⁴⁴⁵, confermando tale ultimo indirizzo, ha così statuito che per i postumi di lieve entità non connessi alla circolazione varranno i criteri fissati dalle Tabelle di Milano, indipendentemente dal fatto che tali postumi siano inferiori o superiori al 9%, e non dunque i criteri fissati dal citato art. 139.

La Corte precisa infatti che il meccanismo standard di quantificazione del danno attiene al "*solo e specifico limitato settore delle lesioni di lieve entità*", lasciando comunque aperta anche per esse la personalizzazione del danno, seppur entro i limiti prefissati. Ne deriva che, per converso, per quanto attiene alle macro-lesioni è necessario un equo apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, che può comportare una quantificazione risarcitoria anche superiore ai parametri prefissati.

⁴⁴⁵ Cass. Civ., sez. III, 7 giugno, 2011 n. 12408. Così statuisce "E' noto che gli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private (di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209) dettano criteri per la liquidazione del danno biologico per lesioni da sinistri stradali, rispettivamente, di non lieve e di lieve entità, queste ultime concernenti i postumi pari o inferiori al 9% della complessiva validità dell'individuo; e che, mentre l'art. 139 ha ricevuto attuazione ed è stato, talora, analogicamente applicato alle lesioni derivate anche da cause diverse dalla circolazione stradale, non è stata per contro mai emanata la pur prevista "specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica", che avrebbe dovuto indicare (ex art. 138, comma 1, D.lgs. cit.) sia le "menomazioni all'integrità psicofisica comprese tra dieci e cento punti" che il "valore pecuniario da attribuire ad ogni singolo punto di invalidità, comprensiva dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso.

Nella perdurante mancanza di riferimenti normativi per le invalidità dal 10 al 100% e considerato che il legislatore ha comunque già espresso, quanto meno per le lesioni da sinistri stradali, la chiara opzione per una tabella unica da applicare su tutto il territorio nazionale, la Corte di cassazione ritiene che sia suo specifico compito, al fine di garantire l'uniforme interpretazione del diritto (che contempla anche l'art. 1226 cod. civ., relativo alla valutazione equitativa del danno), fornire ai giudici di merito l'indicazione di un unico valore medio di riferimento da porre a base del risarcimento del danno alla persona, quale che sia la latitudine in cui si radica la controversia".

Tanto chiarito, è necessario vagliare come funzioni in concreto il metodo di quantificazione del danno, e dunque l'utilizzo delle tabelle, tenendo presente che questo rappresenta solo il primo passaggio che il giudice compie, essendo poi necessaria la c.d. "personalizzazione", come poc'anzi accennato.

In primo luogo, si evidenzia che l'uso delle tabelle non può costituire attività meramente esecutiva, altrimenti l'attività di liquidazione sarebbe solo parziale, bensì il giudice ha un potere discrezionale di determinarne il *quantum* sulla base di un principio di equità, avendo come stella polare sì l'integrale risarcimento, ma per contro, come limite, il divieto di duplicazione risarcitoria. Nel mezzo, come accennato, il principio solidaristico. Il giudice accerta pertanto dapprima la percentuale nella quale la lesione incide sulla condizione psico – fisica del soggetto leso, determinando un ammontare di base, e in un secondo momento adegua la quantificazione alle circostanze del caso concreto, operando la c.d. personalizzazione, mediante il combinato disposto di cui agli artt. 2056 c.c. e 1226 c.c., avuto riguardo alla gravità delle lesioni, agli eventuali postumi permanenti, all'età, l'attività lavorativa espletata, le condizioni sociali e familiari del soggetto danneggiato.

Tale personalizzazione avviene però entro soglie rigidamente predeterminate. L'ammontare del danno biologico può infatti essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto (sino al 20% cioè). Tale previsione ha portato a dubitare della legittimità costituzionale delle c.d. soglie, incidenti e vulneranti, a detta di una parte della dottrina e della giurisprudenza, del principio di integrale riparazione del danno.

Andando con ordine, è necessario comprendere in cosa consista una simile valutazione equitativa, la quale, sebbene discrezionale per definizione, non può tradursi in arbitrario. Equità innanzitutto non vuol dire arbitrio,⁴⁴⁶ questo non potrebbe mai essere suffragato da un'adeguata motivazione non scaturendo da un procedimento logico – deduttivo, di talché la liquidazione equitativa del danno non potrebbe in alcun modo dirsi sufficientemente motivata.

Invero, il controllo in sede di legittimità del giudizio equitativo esige in via prioritaria che venga stabilita la nozione stessa di "equità". Essa compare in diverse disposizioni del c.c., *in primis* all'art. 1226 c.c., che come l'art. 2056 c.c. consente la liquidazione equitativa del danno, l'art. 1374 c.c. che la prevede quale fonte integrativa del contratto, l'art. 1450 c.c. che consente la riduzione ad equità del contratto per

⁴⁴⁶ Cass. Civ., sez. III, 7 giugno 2011 n. 12408.

evitarne la rescissione, l'art. 1467 c.c. che permette la stessa riduzione al fine di evitarne la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, gli artt. 1733, 1748 e 1755 c.c. per la provvigione dovuta al mediatore e all'agente dal commissionario, gli artt. 2045 e 2047 c.c. che attribuiscono un'equa indennità alla vittima dell'illecito causato da uno stato di necessità, ovvero un'equa indennità all'incapace, gli artt. 2263 e 2500 quater c.c. in materia di società. O ancora, il Codice del Consumo (D.lgs 206/2005) art. 2 co II lett e), che da diritto all'equità nei rapporti contrattuali.

Dalle menzionate previsioni legislative, si evince che l'equità può essere intesa in due modi: uno strumento di adattamento della legge per forza di cose generale e astratta, al caso concreto, ma essa ha anche la funzione di garantire l'intima coerenza dell'ordinamento assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale al fine dunque di eliminare le disparità di trattamento e le ingiustizie. Essa allora racchiude in sé sia l'idea di adeguatezza che quella di proporzionalità, pertanto costituisce strumento per integrare quell'eguaglianza sostanziale proclamata dall'art. 3 Cost.

Ciò è tanto importante quanto più si consideri che nella liquidazione del danno non patrimoniale ontologicamente difetti, per la diversità tra l'interesse leso (salute e integrità morale) e strumento compensativo (il denaro) la possibilità di una sicura e precisa commisurazione atta ad assicurare la parità di trattamento in situazioni analoghe.⁴⁴⁷ Sicché solo la previsione di un'uniformità di criteri quantitativi di base può assicurare un'effettiva parità di trattamento intesa quale proporzionalità. Tale regola è stata affermata in numerose occasioni dalla Corte di Cassazione ed altresì dalla Corte Costituzionale, le quali hanno sostenuto che due sono i criteri che devono muovere il giudice in sede di liquidazione del danno non patrimoniale: l'uniformità pecuniaria di base e la parallela elasticità e flessibilità data dalla possibilità di personalizzare, seppur entro limiti prestabiliti al fine di adattare le circostanze al caso concreto, in modo tale da rendere flessibile ma nello stesso tempo equo il sistema risarcitorio.

In tale operazione è necessario però evitare due estremi: da un lato che i criteri di determinazione siano rigidamente fissati in astratto e sia impedito al giudice adattare tali criteri legali alle peculiarità concrete, dall'altro che il giudizio di equità sia completamente affidato all'intuizione soggettiva del giudice, al di fuori di qualsiasi parametro e criterio generale.⁴⁴⁸ L'equità deve pertanto obbedire a due principi,

⁴⁴⁷ D. LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, cit.

⁴⁴⁸ Per vero, talvolta il sistema di quantificazione, per così dire affidato al giudice ha fallito, sul punto si veda il contributo di G. PONZANELLI, *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. Impr.*,

tendenzialmente contrapposti che associano all'uniformità pecuniaria di base ampi poteri equitativi al giudice, eventualmente entro limiti minimi e massimi per evitare l'arbitrio. Sarebbe pertanto il rispetto dei principi di adeguatezza e proporzione a richiedere l'adozione di un parametro di liquidazione uniforme. Inoltre, la stessa funzione che l'art. 65 dell'Ordinamento Giudiziario assegna alla Corte di Cassazione, ossia garantire "l'uniforme interpretazione della legge" fa sì che non esuli dai poteri – doveri del giudice quello di dettare i criteri necessari affinché sia garantita l'uniforme interpretazione della legge, in modo tale da dettare valori medi di riferimento per la stima del danno alla persona a seguito dell'applicazione dell'art. 1226 c.c. Siffatta lettura è avallata dallo stesso art. 3 Cost., che imponendo la parità di trattamento impedisce che essa possa venire vulnerata proprio in un campo quale quello dei diritti fondamentali della persona.

Se tali criteri di massima mancassero, l'art. 32 Cost. ne risulterebbe vulnerato, o comunque non applicato a pieno, si è detto, in quanto sarebbe soggetto alle mutevoli considerazioni dei vari organi giudicanti localizzati, con conseguente *vulnus* allo stesso principio di prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali, garantita per contro dall'esistenza di un minimo comune determinatore dato dall'equità risarcitoria.

Sulla base dell'assunto, sarebbe allora perfettamente in linea con le esigenze del sistema l'art. 139 del D.lgs. 209/2005, il quale tipizza il regime di liquidazione del danno derivante dalle menomazioni dell'integrità psico – fisica pari o inferiori ai 9 punti percentuali. Tale criterio legale di liquidazione prevede infatti una possibilità di personalizzazione, ma entro soglie rigide, posto che l'ammontare del danno biologico liquidato può essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto, ossia sino al 20%.⁴⁴⁹

2015, 3, 620. Secondo il quale "Quando il legislatore interviene nella concreta determinazione del danno, ciò significa che qualcosa non sta proprio andando bene nel territorio della responsabilità civile: che, cioè, il compito, lasciato in prima battuta al giudice, non è stato svolto con successo. Potrebbe infatti essersi verificata una delle possibili patologie che, alterandone il normale meccanismo, allontanano il risarcimento dal principio generale di integrale riparazione del danno. In particolare, una situazione di eccessivo risarcimento genera normalmente una situazione di "overdeterrence" (che in generale può anche essere determinata da altre ragioni): la concessione di un danno eccessivo a favore della parte danneggiata può specularmente determinare addirittura una paralisi e/o una cessazione dell'attività del danneggiante. Piuttosto che far fronte a risarcimenti potenzialmente eccessivi, il danneggiante può ritenere preferibile uscire dal mercato, cessando l'attività antigiuridica oppure, tutt'al più, ponendo in essere un'attività non rischiosa o che comunque limiti fortemente i rischi (ad esempio, nel caso della responsabilità medica, si parla di c.d. "medicina difensiva")".

⁴⁴⁹ A. M. FRIGERIO, *La legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass.*, in *Danno e responsabilità*, 2014, 11, 1027 e ss.; In particolare sull'onere di allegazione delle tabelle si veda: D. CHINDEMI, *Tabelle per il calcolo del danno biologico: utilizzazione e onere di produzione in giudizio*, in *Resp. civ. e prev.* 2007,

Ma, a ben vedere, viene da chiedersi allora se sia costituzionalmente legittima una simile previsione, posto che tale danno biologico derivante dall'illecito, è di fatto un ostacolo allo sviluppo della persona umana, che ne impedisce l'effettiva partecipazione alla vita politica, economica, culturale e sociale della comunità. Ne deriva che tale risarcimento dovrebbe essere integrale, senza cioè essere contenuto *ex ante* entro limiti predeterminati. Di qui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost. del sistema tabellare previsto dall'art. 139 in parola.

In primo luogo perché la vittima di un incidente stradale, liquidata in base all'art. 139 del Codice delle assicurazioni, verrebbe trattata in modo peggiore rispetto alla vittima di un diverso fatto illecito, non essendo applicabile in tale ultima circostanza l'articolo in parola bensì il sistema tabellare meneghino. Il secondo assunto evidenzia il contrasto al precetto costituzionale in quanto gli introdotti limiti tabellari non consentirebbero di tenere conto della diversa incidenza che identiche lesioni possono avere per soggetti che versano in diverse condizioni, perché altrimenti opinando si finirebbe per trattare in modo uguale situazioni differenti. In terzo luogo, tale sistema non consentirebbe un integrale risarcimento del danno.

Con la pronuncia del 16 ottobre 2014 n. 235 la Corte Costituzionale supera tutte le censure di illegittimità costituzionale (violazione degli artt. 2, 3, 24, e 76 Cost.), come del resto aveva già fatto la Corte di Giustizia con riferimento ad un possibile contrasto dell'art. 139 Cod. Ass. con la normativa comunitaria (Corte di Giustizia, 23 gennaio 2014 n. C-371/12)⁴⁵⁰. Quanto alla prima osserva che la tutela risarcitoria dei danneggiati

12, 2584 e ss.; E. AINA, *L'utilizzo delle tabelle nella liquidazione del nuovo danno non patrimoniale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 2, 2, 101 e ss., il quale riprende una parte di giurisprudenza che ritiene che le tabelle non costituiscano documenti in senso proprio, e non integrino nuovi elementi di fatto, ma devono comunque essere prodotte in giudizio ove il giudice ne abbia fatto specifico richiamo, essendo paragonabili ai riferimenti giurisprudenziali.

⁴⁵⁰ Corte di Giustizia, 23 gennaio 2014 n. C-371/12 (Enrico e Carlo Petillo contro Unipol Assicurazioni s.p.a.), in *Nuova gius. civ. comm.*, 2014, I, 820-832 con nota di Sabbatelli. Per riportare un tratto significativo la Corte sostiene: "la normativa nazionale controversa nel procedimento principale è diretta a determinare la portata del diritto della vittima a un risarcimento a titolo della responsabilità civile dell'assicurato e non limita la copertura da parte dell'assicurazione della responsabilità civile. Infatti, secondo l'esposizione del diritto italiano effettuata dal giudice del rinvio, esso prevede, da un lato, all'articolo 2059 del codice civile, il fondamento del diritto al risarcimento dei danni morali derivanti dai sinistri stradali e, dall'altro, all'articolo 139 del codice delle assicurazioni private, le modalità di determinazione della portata del diritto al risarcimento per quanto riguarda il danno biologico per lesioni di lieve entità causate, in particolare, da siffatti sinistri. [...] In questo senso, tali direttive non ostano, in linea di principio, né ad una legislazione nazionale che impone ai giudici nazionali criteri vincolanti per la determinazione dei danni morali da risarcire né a sistemi specifici, adeguati alle particolarità dei sinistri stradali, anche se tali sistemi comportano, per determinati danni morali, un metodo di determinazione della portata del diritto al risarcimento meno favorevole alla vittima rispetto a quello applicabile al diritto al risarcimento delle vittime di sinistri diversi da quelli stradali.

da sinistro stradale è, viceversa, più incisiva e sicura rispetto alle vittime di altri illeciti, le quali non possono contare su una copertura assicurativa *ex lege* obbligatoria del danneggiante o, eventualmente, della compagnia assicurativa, che si risolve nell'incidere nell'*an* stesso della tutela risarcitoria.

Il secondo assunto è smentito dal fatto che trascura di considerare la disposizione di cui all'art. 139 co III cod. ass. che consente al giudice di aumentare fino ad un quinto l'importo liquidabile ai sensi del precedente co I, con "equo e motivato apprezzamento" avendo appunto riguardo alle circostanze del caso concreto.

Quanto al *vulnus* al principio di riparazione integrale del danno, lo esclude, con riferimento proprio al principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., sottolineando come anche i diritti fondamentali della persona sono soggetti al bilanciamento tra opposte esigenze costituzionali di pari rango, non potendosi stagliare il principio dell'integrale risarcimento del danno, come valore assoluto ed intangibile, bensì dovendone verificare la ragionevolezza del suo bilanciamento con altri valori, quali appunto il principio di solidarietà sociale ed il conseguente dovere di tolleranza. Esse impongono di risarcire solamente i danni che siano effettivamente tali, con esclusione cioè di quelli che sono i meri disagi e fastidi che devono invece essere tollerati in quanto non colpiscono i diritti fondamentali della persona.⁴⁵¹

Posto infatti che vige per la circolazione dei veicoli un obbligo legale di assicurarsi, e che parimenti le compagnie assicurative devono a tal fine istituire un Fondo di garanzia per le vittime di tali illeciti, vi sarebbe per tal ragione sottesa un'esigenza di contenere i costi dei premi assicurativi, in modo tale da coordinare l'interesse particolare del danneggiato con quello generale e sociale degli assicurati.

Ne deriva che sarebbe dunque giustificato il principio dell'integrale riparazione del danno, proclamato a gran voce dalle Sezioni Unite San Martino, che risulterebbe per tal via inciso da una serie innumerevole di filtri: in primo luogo l'ingiustizia del danno, alla quale si aggiunge – unicamente per il danno non patrimoniale - il vaglio positivo circa la natura non "bagatellare" di esso, a cui si aggiungono ulteriormente gli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c., ed in terzo luogo, lo stesso art. 2 Cost. che in funzione solidaristica mi impone di "sopportare" una parte del danno patito, sebbene effettivamente patito ed inferto. Tale costo per il singolo andrebbe dunque a rappresentare un risparmio per la collettività, dato da un minor costo dei premi

⁴⁵¹ Lo stesso principio è stato di recente ribadito da Cass. SSUU, 25 febbraio 2016 n. 3727, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, I, 7-8, 1012-1020, con nota di Delli Priscoli).

assicurativi e dalla parallela possibilità di assicurare a tutti, a questo punto, una “parte” di risarcimento. Di talché, sarebbe pienamente giustificato e costituzionalmente legittimo il limite all’incremento risarcitorio sotteso al co III dell’art. 139 Cod. Ass.⁴⁵²

Ma allora, al di là delle considerazioni di sistema che potrebbero essere in parte condivisibili per certi aspetti, se tant’è per il risarcimento del danno non patrimoniale, viene da chiedersi se vi sia un parallelo limite per il soggetto che abbia subito un danno patrimoniale. Può costui, ad esempio, agire in giudizio per il recupero di dieci Euro? O il costo sociale in termini di procedimento giudiziario, *sub specie* di impiego di mezzi e personale tecnico dovrebbe parimenti solidaristicamente impedirglielo, al fine di non rallentare la macchina giudiziaria per la tutela di un danno che relativamente potrebbe dirsi “bagatellare” per il ridotto ammontare e lasciare spazio alla tutela di diritti più consistenti?

Tecnicamente, le norme di procedura civile non impediscono al giudice di pace (salve le ipotesi di incompetenza per materia) di emettere un decreto ingiuntivo per un importo così esiguo. Non si potrebbe d’altro canto intravedere nell’azione giudiziale così intrapresa un abuso del processo,⁴⁵³ posto che se sono creditore di un’obbligazione, quant’anche di poche decine di Euro, sono nella condizione giuridica di tutelare giudizialmente il mio diritto rimasto inadempito, ove sia effettivamente creditore e ove dunque sia fondata la mia pretesa, perché, al contrario, si configurerebbe una responsabilità aggravata per lite temeraria *ex art. 96 c.p.c.*, ove agisca nell’infondatezza della mia pretesa o consapevole dell’inesistenza del diritto vantato.⁴⁵⁴

La Corte, dal canto suo, nel fare salva la legittimità costituzionale della previsione normativa vagliata, ritenendo di fatto il principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., prevalente rispetto al principio di integrale riparazione del danno (che avrebbe dovuto assicurare una tutela piena all’art. 32 Cost.) sostiene che la previsione normativa di cui

⁴⁵² M. GIRAUDDO, *I confini del danno non patrimoniale rimangono sfumati*, in *Giur. It.*, 2016, 7, 1591-1592 e ss., O. PIZZO, F. RUSSO, *La nuova frontiera della liquidazione del danno biologico: gli aumenti personalizzati, quando, come, perché*, in *Danno e Resp.*, 2016, 5, 480 e ss., si veda sul punto anche *Corte cost.*, 16 ottobre 2014, n. 235, in *Danno e Resp.*, 2014, 1021 ss., con nota di FRIGERIO, *La legittimità costituzionale dell’art. 139 Cod. Ass.*, in *Corr. giur.*, 2014, 1483, con nota di ROSSETTI, *Micro-permanenti: fine della storia*.

⁴⁵³ Per un approfondimento sul tema si veda M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, in V. VELLUZZI (a cura di), *L’abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, 105 ss.

⁴⁵⁴ E. MORANO CINQUE, *L’abuso del processo come forma di stalking giudiziario: è lite temeraria*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2581. Sul punto si veda anche C. ASPRELLA, *L’Art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Corr. giur.*, 2016, 1588 e ss.

all'art. 139 sia coerente con i principi costituzionali, e nel farlo si richiama alle motivazioni della precedente pronuncia della Cassazione, n. 12408/2011 poc'anzi esposte.

In realtà, i dubbi costituzionali potrebbero essere effettivamente superati ove si ritenesse che il danno non patrimoniale sia configurabile “al di fuori del biologico”, e dunque tali sbarramenti si applichino al solo danno alla salute, non anche alle altre voci che il giudice eventualmente riconosca, in modo tale che si possa aumentare il biologico di un determinato importo, ma con la libertà di cumulare ad esso un danno morale ed un danno esistenziale senza alcun limite. Tale assunto non può però trovare riscontro posto che, per effetto della pronuncia delle Sezioni Unite del 2008, il danno esistenziale non esiste, o per lo meno, è di dubbia configurazione quanto alle recenti pronunce, ed il danno morale è già compreso nel biologico. Di talché, i limiti al risarcimento opererebbero per l'intero danno non patrimoniale, che vede il danno morale per così dire “interno ad esso”.

Il problema che si è posto è stato quello di capire se nella liquidazione del danno non patrimoniale da lesione di lieve entità, la limitazione risarcitoria di cui all'art. 139 co III Codice Assicurazioni si applichi al danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.* nella sua interezza (e dunque anche al danno morale ed esistenziale, qualora ne si ammetta l'esistenza), ovvero al solo danno biologico.

La Corte Costituzionale nella pronuncia in commento, ha ritenuto erronea la premessa interpretativa secondo la quale nell'art. 139 non sarebbe prevista la liquidazione del danno morale, posto che lo stesso potrebbe essere liquidato proprio attraverso la personalizzazione del 20%, ancorché l'articolo faccia riferimento testuale al solo danno biologico, non anche al morale. Tale assunto ha trovato peraltro l'avvallo della Cassazione, sez. III, 7 giugno 2011 n. 12408. A tale indirizzo se ne è però contrapposto un diverso, per vero da parte della giurisprudenza di merito, ossia dal Tribunale di Milano, sez. V civile, 19 febbraio 2009 n. 2334, il quale ritiene che il legislatore, nell'art. 139, non abbia affatto tenuto conto del danno conseguente alle sofferenze fisiche e psichiche patite dalla vittima.

Ne deriva che il giudice dovrà verificare se la voce del danno non patrimoniale intesa come “sofferenza soggettiva” sia o meno adeguatamente risarcita con la sola applicazione dei valori monetari previsti dalla legge ai citati artt. 138 e 139 ed in caso di risposta negativa, dovrà procedere ad un'adeguata personalizzazione liquidando alla vittima una somma ulteriore che ristori integralmente il suo pregiudizio, pur non

volendo sconfessare il *dictat* delle Sezioni Unite 2008, e dunque pur non essendo risarcibile un danno morale che si affianchi al già riconosciuto danno biologico, è però necessaria tale personalizzazione in modo tale da considerare e liquidare anche la sofferenza morale purché essa venga provata, anche mediante presunzioni, dalla vittima.⁴⁵⁵

Riassumendo, si contrappongono allora due orientamenti: il primo che ritiene che il danno morale si liquida sfruttando l'aumento previsto dall'art. 139 co. III Codice delle Assicurazioni, e dunque, entro il limite del 20% dell'importo liquidato a titolo di danno alla salute, ed un secondo, che invece ritiene che esso vada liquidato autonomamente aggiungendo al danno biologico risultante dall'applicazione dell'art. 139 Cod. Ass. la somma in concreto ritenuta adeguata.

Invero, tale contrasto è tutt'oggi irrisolto, posto che due recenti pronunce lo hanno confermato: la Terza Sezione della Cassazione, con sentenza 22 settembre 2015 n. 1861 chiarisce infatti che il danno esistenziale e quello morale meritano *autonoma* valutazione rispetto al danno biologico, ribadendo l'incongruità di una mera valutazione tabellare ai fini del calcolo delle somme dovute a ristoro del pregiudizio subito. In altre parole, appesantire soltanto il punto di base indicato nelle tabelle non permette di considerare la perdita della qualità della vita del soggetto gravemente leso e tutte le componenti psichiche e spirituali del dolore umano. In altre parole, secondo la recente pronuncia della Cass. (Rel. Travaglino), riprendendo quanto già espresso da Cass. 22585/2013 il danno esistenziale ben può esistere pur in assenza del biologico.

Quando invece sussiste del pari il pregiudizio biologico, quello esistenziale si salda all'interno di esso e trova una liquidazione mediante la personalizzazione di questo, posto che la stessa definizione di danno biologico fornita dall'art. 138 Cod. Ass. lo definisce come un pregiudizio che incide sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato. Del pari, il danno morale, il quale è dotato di un'autonomia concettuale rispetto alle altre voci di danno. Lo stesso Travaglino aveva avuto modo di pronunciarsi in tal senso in precedenza (Cass. 12 novembre 2011 n. 18641). Ad essere "compreso" nel biologico sarebbe il solo danno esistenziale, data la stessa definizione del Codice delle Assicurazioni poc'anzi menzionata, mentre per il morale va fatto un discorso diverso, il quale non può essere in alcun modo "inglobato" all'interno del biologico.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Cass. Civ., sez. III, 3 ottobre 2013 n. 22585.

⁴⁵⁶ Cass. Civ., sez. III, 28 novembre 2008, n. 28407, Cass. Civ., sez. III, 10 marzo 2010, n. 5770.

La Cass. n. 11851/2015 ha del resto condiviso l'assunto "dell'autonoma risarcibilità del danno morale – ove ricollegabile alla violazione di un interesse costituzionalmente tutelato – distinto da quello biologico". La stessa pronuncia Scarano ribadisce la diversità ontologica delle voci di danno, consacrando nuovamente l'autonoma risarcibilità di danno morale ed esistenziale.⁴⁵⁷

L'opposto indirizzo, fatto proprio da Cassazione, Sez. III, del 23 marzo 2016 n. 5691 ritiene che la quantificazione del morale in una *frazione* del biologico non preclude una misura diversa e maggiore rispetto a quella tabellare. Questo va liquidato agganciandosi a parametri obiettivi che sono in via di principio costituiti dalle Tabelle milanesi per la liquidazione del danno.

In realtà, la pronuncia in commento è interessante in quanto fa un ulteriore passo avanti: se cioè la componente del danno non patrimoniale riconducibile al danno morale puro è quantificabile in una frazione del danno biologico, ciò non preclude al giudice di merito, data la necessaria personalizzazione del danno, di discostarsi motivatamente da tali parametri, ove la situazione presenti elementi tali da indurre a quantificare il pregiudizio morale subito in una misura diversa e maggiore rispetto alla quantificazione tabellare, ai fini di un'integrale riparazione del pregiudizio subito. Ne deriva allora che la liquidazione del danno potrà avvenire in modo extra-tabellare. Rimane da capire se essa abbia voluto dare una sorta di "apertura" al risarcimento del danno non patrimoniale, anche oltre i limiti tabellari previsti.

Ciò che è certo, è che il legislatore ha proseguito nell'opera di limitare la ristorabilità dei danni non patrimoniali patiti, quasi a voler senza dubbio recuperare e dare attuazione alla c.d. "clausola bagatellare", che, come detto, impone solidaristicamente al danneggiato di sopportare una parte del danno patito, proprio in quanto "futile", chiedendosi se egli abbia voluto per ciò ritenerlo non meritevole di tutela, ovvero meritevole in astratto, ma in concreto non risarcibile, annientato dallo stesso obbligo solidaristico di cui all'art. 2 Cost poc'anzi menzionato. Le compagnie assicurative perseguono infatti fini solidaristici, poiché concorrono per espressa previsione normativa ad incrementare il Fondo di garanzia per le vittime della strada. Per altro verso l'interesse del singolo deve essere bilanciato con quello della collettività dei consociati, i quali hanno certo l'interesse a contenere i premi assicurativi.

⁴⁵⁷ Cass. Civ., sez. III, 4 febbraio 2016, n. 2167, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 7-8, 1006-1012, nota di Ponzanelli.

In tal senso con L. 24 marzo 2012 n. 27 ha introdotto in seno all'art. 32 della L. 27/2012 (e dunque per le micro-permanenti) due ulteriori commi, che sembrerebbero invero ribadire entrambi lo stesso principio. Il co. III *ter* in base al quale alla definizione di danno biologico è stato aggiunto un nuovo elemento rafforzativo statuendo che “in ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente”. Ecco dunque che quand'anche superasse il vaglio degli innumerevoli filtri già posti al danno non patrimoniale, un simile danno verrebbe per così dire annientato non già nel *quantum*, accordandone un risarcimento “parziale”, bensì fin dall'origine nell'*an*, ritenendolo per nulla ristorabile.

Ed ancora, l'art. 31 co. III *quater* ha introdotto una previsione autonoma statuendo che “il danno alla persona per lesioni di lieve entità di cui all'art. 139 del D.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 è risarcito solo a seguito di riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione”. Se per un verso la *ratio* di tale riforma è quella di diminuire i costi dei risarcimenti conseguenti alle truffe assicurative, senz'altro essa sta determinando una riduzione dei risarcimenti per le vittime di tali illeciti “minori”, ma pur sempre illeciti.

Ciò che ne possiamo trarre dalla recente pronuncia del Rel. Travaglino è dunque una nuova configurazione del danno non patrimoniale che si atteggia diversamente a seconda che esso sia insito in una micro - lesione, ovvero in una macro-lesione. Se nel primo caso si giustifica, a detta della Corte Costituzionale, una predeterminazione dell'incremento risarcitorio, discorso diverso deve essere fatto per le macro-lesioni, per le quali è impossibile prevedere *ex ante* quanto la lesione possa incidere sulla vita del danneggiato, contenendola in via preventiva entro un massimo astrattamente predeterminato.

Quanto all'onere probatorio, se per un verso si è data e confermata la legittima ristorabilità dei pregiudizi morali ed esistenziali pur in assenza di un danno biologico, predicandone un'ontologica autonomia, per altro verso si richiede comunque l'assolvimento di un adeguato onere probatorio. Ciò non toglie che essa possa essere data anche mediante presunzioni, come del resto già precisato nelle Sezioni Unite San Martino.

La Cassazione “Travaglino” fa breccia anche nelle Tabelle Milanesi, le quali, lungi dal continuare ad essere considerate quali veri e propri parametri nazionali, per scongiurare il rischio di diverse quantificazioni a seconda dei diversi Tribunali aditi,

oggi giorno esse sembrano poter essere considerate quali meri “parametri risarcitori”, posto che si è detto, “non esiste una tabella universale della sofferenza umana”.

4.7. La responsabilità della Pubblica Amministrazione per il danno da provvedimento amministrativo illegittimo: l'art. 1227 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 Cost. rivitalizzano la pregiudiziale amministrativa?

L'analisi che segue vuole evidenziare un'ulteriore conferma di questa tendenza inversa che sta permeando il sistema della responsabilità civile extracontrattuale, che porta a limitare se non in certi casi elidere (come nel caso che di seguito verrà analizzato), la tutela risarcitoria per il privato innanzi ad un provvedimento illegittimo della p.a. Questi, seppur da un punto di vista processuale è legittimato a non impugnare immediatamente il provvedimento amministrativo illegittimo, potendo direttamente agire per ottenere il risarcimento del danno, si vede da un punto di vista sostanziale costretto a farlo, posto che *ex art. 1227 c.c.* avrebbe un dovere solidaristico di limitare i danni *patiendi* mediante la proposizione dell'azione di annullamento.⁴⁵⁸

Tale dovere solidaristico si esplica non solo verso la p.a., imponendo di contenere quello che sarà il danno che questa dovrà risarcire con risorse – peraltro pubbliche – ma anche verso la generalità dei consociati, posto che risulta utile al sistema l'eliminazione del provvedimento amministrativo illegittimo dal mondo giuridico, per il tramite appunto della preventiva azione di annullamento del provvedimento. Tale dovere solidaristico, invero, se disatteso, comporta non solo la diminuzione della tutela risarcitoria bensì l'elisione della stessa per non essersi solidaristicamente attivato.

La vicenda muove da un caso affrontato dal Cass. sez. II, 4 agosto 2006, n.17680., la quale vede la richiesta di risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale da parte del proprietario di un veicolo - diverso dal conducente che ha integrato l'illecito amministrativo - derivante da un provvedimento amministrativo illegittimo, non impugnato.⁴⁵⁹

Il provvedimento amministrativo che fonda la pretesa sanzionatoria era stato invero impugnato dal solo conducente del veicolo, ma non vi è stata prova dell'accoglimento dell'impugnazione da questi proposta ed altresì nemmeno della portata espansiva degli effetti della stessa sulla violazione ascritta al proprietario, non

⁴⁵⁸ D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, 132 – 133.

⁴⁵⁹ E. M. BARBIERI, *Considerazioni sui fini della giustizia amministrativa (a difesa della c.d. pregiudiziale amministrativa)*, in *Giust. amm.*, 2008, 1, 251; R. CICHESE, *La pregiudiziale di annullamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 236.

impugnante. Pertanto, ancorché conducente e proprietario siano solidalmente responsabili delle violazioni del Codice della Strada commesse con il veicolo, di fatto risulta che il provvedimento lesivo di cui si chiede la tutela risarcitoria non è stato impugnato dal soggetto che si assume essere danneggiato dallo stesso. Assodato che oggi non esiste più una pregiudiziale amministrativa (per espressa previsione dell'art. 30 c.p.a.) che imponga il previo annullamento del provvedimento illegittimo rispetto alla richiesta risarcitoria, è necessario chiedersi quali sono le ragioni che hanno portato il giudice al rigetto della pretesa azionata dal ricorrente.⁴⁶⁰

Posto che si tratta di una responsabilità della p.a. *ex art. 2043 c.c.*, la richiesta viene negata per la mancanza degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, in particolare, non vi è colpa della p.a. e nemmeno un danno-conseguenza, né di tipo patrimoniale né di tipo non patrimoniale. Il primo in quanto non ritenuto provato, e non integrabile *in re ipsa* per l'illegittimità del provvedimento, il secondo escluso sulla scorta delle considerazioni recate dalle Sezioni Unite di San Martino, le quali da un lato confermano che il danno non patrimoniale è sempre un danno conseguenza, che va provato, e dall'altro, pur ampliando il novero dei danni non patrimoniali risarcibili *ex art. 2 Cost.* - integrante anch'essa norma di legge compatibile con la riserva di cui all'art. 2059 c.c. - escludono il risarcimento per i meri fastidi e disagi, in quanto danni "bagatellari", quali ad avviso del giudicante si appalesano essere quelli di cui la ricorrente chiede tutela risarcitoria.

Per la Corte salernitana l'illegittimità del provvedimento amministrativo non è di per sé sufficiente a integrare l'elemento soggettivo richiesto dall'illecito aquiliano, non potendosi ravvisare un danno ingiusto *in re ipsa*, ossia una colpa "oggettiva" derivante dalla semplice illegittimità amministrativa, ma dovendosi vagliare la sussistenza di una colpa della p.a. in termini soggettivi, nonché la spettanza del bene della vita inciso dalla condotta dell'amministrazione.⁴⁶¹

La responsabilità della p.a. postula – *ex art. 2043 c.c.* - la sussistenza di un danno "ingiusto", e il danno può essere tale solo nel momento in cui lede un bene della vita. A tal fine è necessario che questo "appartenga" al privato, cioè vi deve essere un vaglio positivo circa la spettanza del bene. Invero, nel caso di specie, il risarcimento viene

⁴⁶⁰ Per un approfondimento sull'art. 30 codice del processo amministrativo (D. Lgs. n. 104 del 2010), PALLIGIANO, ZINGALES, *Il codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 56 ss.

⁴⁶¹ C. FELIZIANI, *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisdizione amministrativa*, in *Foro Amm. C.d.S.*, fasc. IX, 2010, 180

escluso proprio per la mancata proposizione dell'azione caducatoria, ciò ha permesso al provvedimento lesivo, ossia il verbale di accertamento dell'infrazione, di consolidarsi cagionando quel danno che, *ex art. 1227 c.c.*, avrebbe potuto essere evitato.

Per giustificare un'elisione totale della tutela, sembra potersi dire che il comportamento omissivo non solidale ha addirittura interrotto il nesso causale, ponendosi esso stesso, anziché l'illegittimità del provvedimento, come condizione senza la quale il danno si sarebbe potuto evitare. Solo dunque ragionando in termini di interruzione del nesso causale si può giustificare l'elisione completa della tutela.

Da un lato quindi si sostiene che la pregiudiziale amministrativa sia venuta meno, e dunque si permette al privato di agire direttamente per ottenere il risarcimento del danno, senza previamente attivarsi per ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo che lo ha causato, dall'altro si ammonisce il privato per aver chiesto direttamente il risarcimento del danno senza il previo annullamento dello stesso. Da ciò si evince che, se da un punto di vista processuale la pregiudiziale amministrativa è venuta meno, per espressa previsione dell'art. 30 c.p.a., dall'altro si può notare come da un punto di vista sostanziale essa sia prepotentemente ancora presente, posto che tale omissione può essere valutata appunto ai sensi dell'art. 1227 c.c. che, in combinato disposto con l'art. 2 Cost., può arrivare non solo a limitare, bensì anche ad elidere il risarcimento del danno, proprio per non essersi solidaristicamente attivati, e così facendo, aver permesso al provvedimento amministrativo illegittimo di consolidarsi, cagionando un danno evitabile con l'ordinaria diligenza. Tale diligenza avrebbe di fatto dovuto quindi portare il danneggiato ad impugnare il provvedimento amministrativo illegittimo, seppur egli vanti un diritto di agire direttamente per ottenerne il risarcimento del danno.

Ciò posto, sebbene dunque ad oggi sia venuta meno la pregiudiziale amministrativa, si tratta di comprendere quali effetti *ex art. 1227 c.c.* abbia effettivamente la mancata impugnazione del provvedimento amministrativo.⁴⁶²

Quanto alla *ratio* e l'origine, la stessa prende le mosse dalla sentenza delle Sezioni Unite 500/1999 la quale ha accordato la tutela risarcitoria non solo all'interesse

⁴⁶² Sul punto cfr. Cons. Giust. Amm., sez. giur., 18 maggio 2007, n. 386; Cons. Giust. Amm., sez. giurisdizionale, 30 marzo 2011, n. 291, in cui si legge che “questo Consiglio (ripetesi, nel vigore della normativa antecedente l'entrata in vigore del Codice) ha da tempo abbandonato la tesi della c.d. pregiudiziale amministrativa secondo la quale la domanda risarcitoria postula, quale condizione di sua ammissibilità, il previo annullamento dell'atto amministrativo che ha prodotto il pregiudizio patrimoniale”.

legittimo oppositivo (già risarcito grazie alla teoria della “degradazione”) ma anche - e questa è la vera novità - a quello pretensivo, a fronte dell’illegittimità dell’azione amministrativa. Si considerava infatti che l’emanazione di un provvedimento amministrativo incidente su un diritto soggettivo permetteva allo stesso, degradato ad interesse legittimo per effetto del provvedimento, di riespandersi a diritto soggettivo per effetto dell’annullamento dello stesso.

Di qui la nascita della pregiudiziale amministrativa, ovvero della necessità del previo annullamento del provvedimento quale regola sostanziale, non già processuale, che faceva riemergere il diritto soggettivo e quindi l’ingiustizia del danno. Si osserva in particolare che l’accostamento che l’art. 7 c.p.a. ha introdotto tra risarcimento del danno ed “altri diritti patrimoniali consequenziali” non deve essere inteso come “conseguenziale all’annullamento del provvedimento”, bensì deve intendersi in termini causali, ossia deve sussistere un nesso di causa tra provvedimento amministrativo illegittimo e danno di cui si chiede il risarcimento. L’accento andrebbe cioè posto nella specificazione di cui allo stesso art. 7 “anche se proposti in via autonoma”, permettendo dunque l’attivazione di una domanda risarcitoria autonoma, a prescindere dal previo annullamento del provvedimento amministrativo, come di fatto attiva la ricorrente.

Secondo il Consiglio di Stato, il principio sotteso alla pregiudiziale amministrativa è quello secondo il quale se il risarcimento del danno è lo strumento di tutela dell’interesse legittimo, esso risente della mancata attivazione del principale strumento attraverso il quale si protegge l’interesse legittimo, ovvero la mancata proposizione dell’azione di annullamento. Di qui la limitazione, se non la totale negazione della tutela risarcitoria per effetto del principio di auto-responsabilità che sembra sottendersi alla pregiudiziale sostanziale.

Del resto, tale principio è espressamente positivizzato all’art. 30 co III c.p.a. accanto alla previsione della possibilità di proporre azione risarcitoria autonoma a prescindere dalla previa azione di annullamento del provvedimento lesivo. Ma a tal proposito è necessario interrogarsi circa l’esatta nozione di “conseguenzialità” che l’art. 7 c.p.a. richiede al fine di poter proporre azione risarcitoria autonoma. Con essa non si intende imporre il previo annullamento del provvedimento lesivo, di modo che la richiesta risarcitoria lo segua, bensì in termini sostanziali vuole rendere risarcibili tutti i danni consequenziali da un punto di vista causale, rispetto al provvedimento lesivo (la condotta dannosa), pur mancando la previa azione di annullamento. Se così è, la mancata proposizione dell’impugnazione, pur non rappresentando una pregiudiziale di

rito, e pur non precludendo l'azione risarcitoria da un punto di vista processuale, la preclude in senso sostanziale, in quanto impugnando il provvedimento il ricorrente avrebbe potuto evitare i danni di fatto subiti. Ne deriva che gli stessi non potrebbero dirsi *conseguenziali* rispetto all'illegittimità del provvedimento, posto che la condotta omissiva del ricorrente avrebbe per così dire interrotto il nesso causale tra provvedimento illegittimo e (almeno parte del) danno.

Tale principio opera anche in campo amministrativo in virtù del dovere solidaristico del danneggiato di evitare quei danni che si sarebbero potuti evitare ponendo in essere una condotta che non importi un sacrificio eccessivo, e che pertanto sia esigibile secondo le regole di correttezza e buona fede.

Le considerazioni appena svolte confermano dunque la tendenza inversa del sistema della responsabilità civile, caratterizzata da una tendenziale limitazione del risarcimento del danno per effetto di una condotta *non solidale* del danneggiato. Tale tendenza, portata alle estreme conseguenze, arriva non solo a limitare, bensì ad elidere del tutto la tutela risarcitoria per la vittima di un comportamento illecito.

CAPITOLO QUINTO

SOLIDARIETÀ E FUNZIONI DELLA RC

5.1. Rileggere oggi Rodotà: la “polifunzionalità della responsabilità civile”. **5.2.** La limitazione del danno risarcibile per effetto della funzione della responsabilità civile e l’ammissibilità dei c.d. *punitive damages* e del *disgorgement*. **5.3.** La comparazione: la funzione della responsabilità civile in Francia e la questione dell’ammissibilità dei c.d. “danni punitivi”. **5.4.** La funzione della responsabilità civile nel danno ambientale: i principi di equità e di giustizia distributiva alla base di una visione solidaristica che alloca il danno tra proprietario del sito inquinato e collettività, entrambi non colpevoli.

5.1. Rileggere oggi Rodotà: la “polifunzionalità della responsabilità civile”.

Sembra paradossale accostare Rodotà, che scriveva cinquant’anni fa, ai nuovissimi e recenti sviluppi in materia di responsabilità civile, in particolare alla c.d. “tendenza inversa” ed alla riconosciuta polifunzionalità della responsabilità civile. Ed invero, si è partiti dall’autore, nell’*incipit* di questa tesi, per indagarne le fondamenta della responsabilità civile e la nozione stessa di danno ingiusto, e a lui si ritorna sul finire dell’analisi, riscoprendolo più attuale che mai, si può dire quasi profetico.

Egli non solo aveva colto la tendenza espansiva della responsabilità civile, volta ad accordare alla vittima dell'illecito il risarcimento anche in casi in cui prima lo stesso era negato, ma, del pari, aveva già messo in luce che parallelamente a questa tendenza, si doveva considerare un dovere di “sopportare” una parte del danno proprio in quelle circostanze in cui il progresso sociale e tecnologico lo richiedeva. A ciò si aggiunga che con i suoi scritti, in particolare con “Il problema della responsabilità civile” del 1967, egli aveva scorto la “polifunzionalità della responsabilità civile”, oggi più attuale che mai. Ed allora, rileggere oggi Rodotà, sembra darci lo stesso senso di attualità di un giurista contemporaneo, quasi che questi cinquant'anni non siano per nulla trascorsi.

In particolare, egli non aveva sottaciuto le importanti implicazioni che il passaggio della responsabilità civile da sanzionatoria a riparatoria aveva arrecato con sé. Osservava come questo passaggio permettesse di allargare lo spettro del risarcimento posto che sotto la funzione sanzionatoria ad essere risarcito era il solo danno “colpevole”. Era infatti necessario che alla base vi fosse un atteggiamento quanto meno doloso per imporne la tutela risarcitoria, appunto perché la responsabilità civile era in un primo tempo solo sanzionatoria. Di qui lo scarto tra danno storico (effettivamente subito) e danno giuridico (risarcito) che ancora oggi abbiamo visto essere – per altre ragioni – esistente nel sistema.

Quando però la responsabilità civile si affranca da quella penale, e quindi con il passaggio dal codice 1865 a quello attuale, l'attenzione dal danneggiante si sposta sul danneggiato, e per conseguenza la responsabilità da sanzionatoria diviene, appunto, riparatoria. Parallelamente al progresso scientifico e tecnologico si impone alla vittima di sopportare una parte del danno laddove questo sia incolpevole ovvero “anonimo” in quanto collegato “sempre più direttamente a dati industriali e tecnici”, che per la loro portata rendevano assai difficile identificarne il responsabile.⁴⁶³

È infatti il progresso della società a dare la stura ad una serie di danni che rimangono per così dire anonimi ma che non possono essere elisi dal panorama giuridico, pena il condizionamento di attività utili alla società, seppur talvolta dannose per gli individui. Il danno anonimo rappresenta così quel bilanciamento di interessi posto alla base del progresso tecnologico, ineliminabile se non con il prezzo di incidere sul progresso stesso della società. Ecco che affrancare la responsabilità dalla colpa, non

⁴⁶³ Sul punto lo stesso Rodotà richiama JOSSERAND, il quale ritiene che il divenire industriale e meccanico della società abbia portato con sé allo stesso tempo la conseguenza che il danno diviene anonimo. In *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1987 7 e ss.

può essere vista come “un’apocalisse”,⁴⁶⁴ posto che per tal via si permette di riparare il soggetto danneggiato pur a fronte di condotte neutre da un punto di vista psicologico. Anche se, in tali casi, la riparazione consiste in un semplice indennizzo non già in tutela risarcitoria invece prevista per le sole attività illecite e dannose, non già, appunto, per quelle lecite e autorizzate in quanto socialmente utili, seppure parimenti dannose.

Un esempio di danno anonimo, che a sua volta però si affranca dal concetto di “danno necessario” ai fini del progresso, ma che del pari impone alla vittima, dato appunto il suo carattere anonimo, di sopportarlo, lo si rinviene anche nel danno ambientale, che pone in capo alla generalità dei consociati, quando il danneggiante non sia identificato, di sopportare solidaristicamente la bonifica ambientale al fine di ripristinare l’ecosistema ambientale.

Del resto, il passaggio dalla responsabilità sanzionatoria a quella riparatoria avviene in quanto ricercare il danneggiato per punirlo non è sempre agevole. Rodotà osserva come non si possa certo tollerare che per ciò solo la vittima debba “sopportare” il danno: se cioè non è possibile sanzionare l’autore della condotta, è necessario comunque tenere presente la necessità di risarcire la vittima dell’illecito. Sicché “i danni in passato subiti senza protesta dalla vittima ed ignorati dalla legge suscitano oggi la reazione dell’ordinamento”.⁴⁶⁵ Nascono allora strumenti di socializzazione dei rischi individuali,⁴⁶⁶ improntati a quella solidarietà sociale sottesa all’art. 2 Cost.

Di qui l’interrogarsi circa la reale funzione della responsabilità civile diviene operazione fondamentale. Ecco che leggendo Rodotà si comprende come esso sia estremamente attuale: oltre al constatare un dovere di sopportazione del danno che si pone in capo alla vittima dell’illecito per permettere al sistema di non collassare, si riscopre che egli stesso, nel dare una definizione di “responsabilità”, in realtà contempla la sua naturale funzione sanzionatoria. Nel definirla egli prende a prestito la nozione di “responsabile”, accostandola del pari alla responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.* quale “sanzione per l’inadempimento”.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1939.

⁴⁶⁵ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 22 e ss.

⁴⁶⁶ L’espressione è corrente nella dottrina francese, si veda al riguardo R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui. Première série: Panorama des mutations*, 3e éd., In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 16 N°3, Juillet- septembre 1964. 677-678.

⁴⁶⁷ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 45 e ss. il quale proprio a proposito della responsabilità *ex art. 2740 c.c.* osserva come “in tali casi la responsabilità si presenta come un mezzo di tutela del diritto del creditore, come uno strumento per la realizzazione coattiva di tale diritto, ed anche come una delle sanzioni dell’inadempimento”.

Lo stesso Rodotà quindi, nell'analizzare la responsabilità civile aveva osservato la sua "polifunzionalità". Aveva cioè scorto diverse funzioni della stessa, ed in particolare quattro, e tali funzioni le aveva scorte non già da originali descrizioni giurisprudenziali, bensì dalla stessa norma codicistica. Egli osservava come indagare la funzione della responsabilità fosse "il primo passo per giungere ad una definizione meno vaga della consueta sottoposizione (attuale o potenziale) ad una sanzione". Tuttavia, egli aveva alacramente criticato la funzione sanzionatoria della responsabilità civile, per lo meno nel panorama italiano, ma non per questo si deve "dire che un profilo afflittivo" risulti assolutamente incompatibile con essa.

Oggi accanto alla funzione riparatoria si scorgono numerose altre finalità della stessa: basti considerare la funzione repressiva, che piuttosto che porre l'attenzione sulla vittima del danno, la pone sull'aspetto oggettivo del danno stesso che pertanto deve esistere per poter essere risarcito.⁴⁶⁸ Vi è poi una funzione compensativa, che si differenzia da quella riparatoria, posto che mentre quest'ultima mira a ripristinare lo *status quo ante* nel patrimonio del danneggiato, la seconda si concentra sulla patrimonialità del danno, nel senso che è proprio il danno a fungere da limite per la quantificazione del risarcimento.⁴⁶⁹ Ad esse si aggiunge la funzione satisfattiva, che potrebbe unirsi, sotto diversa accezione a quella compensativa, e che risponde alla considerazione che non tutti i danni possono essere davvero ristorati in termini economici, come si è avuto modo di osservare.⁴⁷⁰ Tuttavia è necessario accordare, in questi casi, una tutela patrimoniale alla vittima seppure ad essere riparato sia un danno di natura non patrimoniale.⁴⁷¹

Per vero, taluni autori preferiscono in tali casi parlare di funzione solidaristica della responsabilità civile, posto che il risarcimento attribuirebbe alla vittima una

⁴⁶⁸ Al riguardo si veda in particolare M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., "in ciò si spiega la funzione repressiva del risarcimento nei confronti del danno, poiché il primo è rivolto a colmare una perdita già prodottasi per la vittima. Il fatto che il risarcimento sia una conseguenza del danno risarcibile implica che, mancando quest'ultimo, non può essere dato alcun risarcimento: in questo si conferma che la riparazione può esprimere solo una funzione repressiva del danno, poiché da questo dipende. Altri sono i rimedi che consentono di esprimere una finalità preventiva del danno: la tutela inibitoria la tutela ripristinatoria o l'arricchimento senza causa. Tali rimedi sono diretti a far cessare o a rimuovere un comportamento".

⁴⁶⁹ Sul punto, si veda M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., 663 e ss., sul versante della vittima, tale funzione può definirsi, appunto, "compensativa": in linea di principio, l'attore riceverà nulla di meno, e nulla di più, della perdita da lui subita, e imputabile al convenuto

⁴⁷⁰ E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004.

⁴⁷¹ E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 63.

somma di denaro con la quale questa può godere di utilità “sostitutive” capaci di ricreare condizioni alternative a quelle pregiudicate dal fatto illecito.

Ed infine, vi è la responsabilità deterrente – punitiva, che, a ben vedere, essa non è per nulla nuova nel nostro ordinamento, posto che è insita, come si avrà modo di osservare, nella struttura stessa dell’art. 2043 c.c.

Di qui, assodata la “polifunzionalità” della responsabilità civile, è importante chiedersi sin dove la responsabilità sanzionatoria possa dirsi compatibile, nei termini in cui oggi la si intende, con l’attuale sistema della responsabilità civile. L’interrogativo è d’obbligo, posto che, come si è avuto modo di vedere nei capitoli precedenti, la responsabilità civile sembra riservare continui nuovi sviluppi, anche in direzioni opposte a quelle che essa ha tradizionalmente assunto. Se infatti per un verso il sistema è sempre stato impegnato a garantire il risarcimento di *tutto e solo* il danno, salvaguardando da un lato il principio di integrale riparazione del danno, dall’altro le esigenze di non pervenire a duplicazioni risarcitorie, per altro verso oggi si riscopre impegnato a “tradire” quello stesso principio di integrale riparazione del danno. E lo fa in nome di quelle “superiori esigenze” poc’anzi esaminate, sino ad arrivare al totale superamento dello stesso, accordando alla vittima una somma di denaro, non già per ripararla di un danno subito, ma unicamente per sanzionare colui che ha tratto comunque profitto dalla lesione di una sfera giuridica altrui, determinando paradossalmente, come si avrà modo di osservare, un’*overcompensation*.

Ecco che se da un lato il sistema si riscopre tutto proteso a limitare la tutela risarcitoria, imponendo obblighi di sopportazione per la vittima dell’illecito, per altro verso la scardina completamente, ammettendo che i danni punitivi possano fare ingresso nel nostro ordinamento.

5.2. La limitazione del danno risarcibile per effetto della funzione della responsabilità civile e l’ammissibilità dei c.d. punitive damages e del disgorgement.

L’analisi sin d’ora svolta ha evidenziato il sistema di quantificazione del danno per la vittima dell’illecito; in particolare si sono analizzati i vari “filtri” che il sistema giuridico ha apportato a tal fine, e si è compreso che, oltre ai filtri codificati di cui agli artt. 1223 e ss. del Codice civile vi è l’ulteriore filtro della solidarietà sociale. Essa, se in un primo momento ha operato in senso espansivo, per il tramite del riconoscimento di diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.*, nell’intento di conferire una lettura costituzionalmente orientata all’art. 2059 c.c., ha del pari operato parallelamente in senso restrittivo nel

momento in cui si è analizzata la c.d. “ingiustizia solidale” al fine di perimetrare il concetto di “danno ingiusto”. Tale duplice funzione della solidarietà sociale è del resto oggi testimoniata da una tendenza restrittiva della solidarietà che porta la vittima a sopportare una parte del danno, pur essendo ingiusto, e pur sotto la vigenza di un principio di “integrale riparazione del danno” che dovrebbe comportare il pieno riconoscimento e dunque il *totale* risarcimento di esso.⁴⁷²

L’indagine circa la funzione della responsabilità civile si rende allora necessaria per comprendere come la funzione riparatoria in uno con la solidarietà sociale che permea il sistema risarcitorio dovrebbe portare a risarcire non già *tutti* i danni bensì i *soli* danni ingiusti, e non oltre, in ciò confermando una certa tendenza “restrittiva” del sistema. Se infatti la funzione della responsabilità è esclusivamente riparatoria, essa impone di risarcire *tutti e soli* i danni causati dalla condotta antigiuridica. Se così fosse, è chiaro che non vi sarebbe alcuno spazio per accordare alla vittima una somma di denaro che, anziché ripararla del pregiudizio sofferto, vada ad “arricchirla” di quell’esatto ammontare che il danneggiante potrebbe essere chiamato a corrisponderle in ragione dell’esigenza di punirlo per quanto posto in essere. Per poter fare ciò è, necessario, al contrario, riconoscere una funzione anche punitiva alla responsabilità civile, di modo tale da ammettere l’ammissibilità dei c.d. danni punitivi.⁴⁷³

Si tenga peraltro sin d’ora presente che il sistema di quantificazione del danno poc’anzi analizzato, è parametrato sugli effetti negativi del fatto sulla sfera del danneggiato, e dunque sottende in via principale una funzione riparatoria, posto che essa è data dal combinato disposto degli artt. 2043 c.c. – 2056 c.c. che estende lo stesso criterio di quantificazione previsto in materia contrattuale anche a quella extracontrattuale e l’art. 1223 c.c. che nel fare riferimento al danno emergente ed al lucro cessante ha chiaramente riguardo alla sfera del danneggiato al fine della quantificazione del danno. Di talché è chiaro che l’art. 1223 c.c. rappresenta un criterio riparatorio. Tuttavia, come si vedrà, non si può negare una connaturata funzione

⁴⁷² Invero, il principio di integrale riparazione del danno non è costituzionalizzato, come detto, di qui l’astratta ammissibilità di forme di risarcimento che derogano al principio stesso, sul punto si veda G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in m. Bussani (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 67; G. VILLA, *La quantificazione del danno contrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010, 1, 37.

⁴⁷³ OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, in 39 Vill. L. Rev., 364 e ss.; ma anche ASCHER, *Punitive damages under the new chinese tort liability law*, *China European Law Journal*, 2013, 185 e ss.; per un maggiore approfondimento sul concetto, si veda la definizione offerta dal §908 del Restatement (Second) of Torts a mente del quale “Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future”.

sanzionatoria insita all'interno dello stesso art. 2043 c.c., seppur "minoritaria" rispetto alla principale funzione riparatoria.⁴⁷⁴

Ora, è chiaro che in una nella prospettiva punitiva - sanzionatoria, anziché guardare alla sfera del danneggiato, si ha riguardo alla sfera del danneggiante, e la quantificazione della somma che questi deve è parametrata alla gravità della condotta illecita da lui posta in essere, non già al danno subito per la vittima. Questo comporta due conseguenze: da un lato il danneggiante è chiamato a "risarcire" la vittima esclusivamente per la ragione che mediante la condotta illecita egli si è arricchito, e di conseguenza l'ordinamento sente la necessità di elidere tale arricchimento ingiusto mediante la condanna di restituire alla vittima gli utili (c.d. retroversione degli utili), ovvero, ove un arricchimento manchi, in funzione punitiva e deterrente si sente comunque la necessità di sanzionarlo, di modo tale che l'illecito non possa arrivare paradossalmente a produrre un arricchimento per il danneggiante.⁴⁷⁵

Dall'altro, se la vittima riceve una somma di denaro pur non avendo subito alcun danno per effetto della condotta illecita, ovvero lo abbia subito in misura minore rispetto a quanto il danneggiante è chiamato a corrisponderle, si genera un fenomeno di c.d. "overcompensation", ossia un arricchimento al contrario, questa volta a vantaggio della vittima. Si può discutere se tale arricchimento sia giustificato oppure no, e se esso possa effettivamente trovare una legittimazione giuridica in considerazione della funzione solo riparatoria della responsabilità civile.

Tre sono dunque i punti focali dell'analisi: sotto un primo profilo è necessario indagare l'ammissibilità dei c.d. danni punitivi avuto riguardo alla preminente funzione riparatoria della responsabilità civile, e in tale fase si analizzeranno le varie ipotesi tipiche di danni punitivi già esistenti nel nostro ordinamento, quale il danno tanatologico, o l'art. 125 del Codice della Proprietà intellettuale, lo stesso art. 8 della L. sul ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali (D.lvo 213/2012), ovvero le *astreintes*. In una seconda fase dell'analisi ci si chiede se il giudice possa condannare al risarcimento del danno punitivo e, per finire si affronterà il problema del riconoscimento in Italia di sentenze straniere che riconoscono i *punitive damages*.

⁴⁷⁴ ZIPURSKY, *A theory of punitive damages*, in 84 Tex. L. Rev., 2005, 105, 106 – 107, secondo l'autore, la natura ibrida del danno punitivo si esprime in questi termini "Why are punitive damages part of tort law at all? Isn't tort law about compensation, making victims whole, or corrective justice? Even from an economic point of view, isn't it about deterrence by cost-internalization, or about insurance? Why is this criminal-seeming treatment found within our private law, our tort system?"

⁴⁷⁵ sulla caratterizzazione come pena volta alla protezione dell'interesse pubblico: *Mosing v Domas*, 830 So. 2d 967 (La. 2002), 974 e ss.

Ciò posto, l'analisi dei danni punitivi rappresenta la "linea di confine" tra la tendenza espansiva e quella restrittiva del sistema risarcitorio, nel senso che, se si ammettono, si conferma in qualche modo la tendenza espansiva del fenomeno, in ragione della quale la vittima può godere di una somma di denaro in misura superiore al pregiudizio, o addirittura in assenza di esso, stante la prevalente esigenza del sistema di sanzionare l'autore della condotta illecita anziché quella di ristorare la vittima. Se invece si nega la loro ammissibilità, non si può dire per converso che si conferma l'opposta tendenza restrittiva del sistema, atto ad arginare l'elargizione di somme di denaro a favore della "vittima", poiché il danno punitivo sottende semplicemente l'esigenza di sanzionare la condotta illecita del danneggiante, pur in assenza di un pregiudizio per la vittima.

Tuttavia, l'una e l'altra conclusione devono necessariamente passare per l'analisi della funzione della responsabilità civile, perché è proprio con riferimento ad essa che il sistema italiano ha tentato di opporsi alla loro introduzione. La questione circa l'ammissibilità dei danni punitivi è al centro di una recente Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 9978/2016,⁴⁷⁶ volta a comporre il contrasto giurisprudenziale sul punto, (risolto oggi con l'intervento delle Sezioni Unite 7 luglio 2017 n. 16601),⁴⁷⁷ e che vede l'orientamento minoritario della giurisprudenza riconoscere in seno all'art. 2043 c.c. anche una funzione sanzionatoria, accanto alla primaria e principale funzione risarcitoria.

Possono infatti sussistere danni non risarciti e posti a carico della vittima, all'esito di un bilanciamento di interessi tra questa e il danneggiante, mosso dalla considerazione che ciascuno deve tollerare, *ex art. 2 Cost.*, le attività lecite altrui, seppur dannose. Un risarcimento *oltre* il danno patito si porrebbe in frizione con la natura solo riparatoria della responsabilità civile, finendo con il colorarla di un attributo sanzionatorio che (teoricamente) non le è propriamente consono. Per vero, se per molto tempo si è continuato a sostenere l'inammissibilità dei c.d. *punitive damages*, proprio sulla base di tale argomentazione, ad oggi è in atto un ripensamento al riguardo, che ha portato la Cassazione, a rimettere - mediante ordinanza - la questione alle Sezioni Unite, data la

⁴⁷⁶ Per un approfondimento critico sul punto si veda L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui "danni punitivi"*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017.

⁴⁷⁷ Le quali affermano che non è incompatibile con il nostro sistema di responsabilità civile il riconoscimento dei danni punitivi, posto che alla responsabilità civile non è assegnato unicamente il compito di riparare la sfera giuridica patrimoniale del soggetto leso, dal momento che sono insite all'interno del sistema anche la funzione di deterrenza e sanzionatoria. Di qui, la possibilità di riconoscere sentenze straniere che contengano la condanna al risarcimento di danni punitivi al ricorrere di determinate condizioni.

questione di massima importanza, e data la presenza, nel nostro ordinamento, di una serie di previsioni legislative che finiscono, di fatto, per ammettere (surrettiziamente) danni non propriamente “riparatori”.⁴⁷⁸

Ciò premesso, per quel che attiene al primo profilo dell’analisi, è bene muovere dal diritto romano per comprendere come vi sia stata un’evoluzione nella funzione della responsabilità civile, in particolare quella aquiliana, anche se, è bene chiarire sin d’ora, analoga funzione appartiene anche alla responsabilità da inadempimento di un’obbligazione.⁴⁷⁹

La responsabilità aquiliana era già presente nel diritto romano, il quale distingueva tra l’ipotesi in cui esiste un vincolo giuridico, ed allora si è al cospetto di una responsabilità contrattuale, e le ipotesi invece in cui un *vinculum iuris* non vi è: le ipotesi di *delictum* e quasi *delictum*.

Per il codice del 1865 infatti, la responsabilità civile risentiva dell’influenza sanzionatoria tipica della responsabilità penale da delitto, posto che era intesa come una responsabilità che sanziona la violazione di norme penali preesistenti che individuano fatti illeciti, (e dunque è una responsabilità “secondaria”), a tutela di interessi generali. Gli elementi costitutivi della responsabilità sono allora il fatto tipico, l’ingiustizia - ossia la violazione di una norma penale - la lesione di un interesse generale presidiato dalla norma e l’elemento soggettivo del dolo o della colpa. Era una responsabilità doppiamente tipica: nel fatto, in quanto doveva integrare tutti gli elementi costitutivi dell’illecito penale, e negli interessi tutelati, o meglio nel danno, posto che sono gli stessi individuati penalmente, e si risolvono in diritti assoluti tutelati *erga omnes*. In coerenza con la funzione sanzionatoria in origine accordatale, la responsabilità aquiliana pone l’attenzione sul danneggiante ed è pertanto volta a sanzionare la condotta *contra ius* posta in essere.

Il Codice del 1865 non fa menzione del danno ingiusto, ed inoltre esso riferisce l’ingiustizia al fatto, non già al danno: è il fatto ad essere illecito in quanto violativo di una norma penale. Ecco che la responsabilità aquiliana costituisce la reazione, sul piano

⁴⁷⁸ Per un’analisi comparata del problema, si veda WELLS, *A Common Lawyer’s Perspective on the European Perspective on Punitive Damages*, in *La. L. Rev.*, 557 e ss. L’autore, in linea con le teorie nordamericane, per giustificare le decisioni delle giurie in sede di quantificazione del danno risarcibile, caratterizzate dal riconoscimento di un ammontare ben oltre il danno effettivamente subito, raccogliendo la principale funzione di deterrenza.

⁴⁷⁹ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Diritto Privato*, 2008, 318 e ss.; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in CERAMI, SERIO (a cura di), *Scritti di Comparazione e Storia Giuridica*, Torino, 2011, 100 e ss.

civile, della violazione di una norma penale. Se così è, al centro vi è la condotta del danneggiante, ed il fondamento della responsabilità è il carattere biasimevole della condotta, in quanto violativa di una norma penale. È chiaro dunque, che la primordiale funzione della responsabilità civile è stata allora sanzionatoria.

Oggi, con il codice civile vigente, l'art. 1173 c.c., nell'enumerare le fonti delle obbligazioni non fa più riferimento al "delitto" ed al "quasi delitto", pertanto la responsabilità civile si affranca da quella penale, non essendo più classificata come una responsabilità da "delitto", bensì una responsabilità da "fatto illecito". Cambia il carattere della norma che diviene oggi primaria, cioè precettiva, potendone trovare già al suo interno il precetto del *neminem laedere*.

L'ingiustizia transita poi dal fatto al danno, di talché elemento centrale diviene la lesione della sfera giuridica altrui, per effetto di "qualunque fatto", ancorché non espressamente e tipicamente individuato da una norma penale. Conseguentemente ne muta anche la funzione, che diviene riparatoria, con un'attenzione volta alla vittima dell'illecito, non più al suo danneggiante, in coerenza con la nuova prospettiva "vittimologica". Ciò è confermato del resto dal fatto che è appunto il danno ad essere ingiusto, e dunque l'attenzione è posta sulle conseguenze negative che la vittima subisce. La responsabilità viene dunque intesa quale conseguenza del danno ingiusto.

Pertanto da una responsabilità di tipo secondario, che postula la violazione di una preesistente norma penale, si passa ad una responsabilità primaria, per la quale l'ingiustizia del danno discende direttamente dalla violazione dell'art. 2043 c.c. come norma generale che imprime il precetto del *neminem laedere*, immediatamente precettiva. Il risarcimento del danno costituisce allora lo strumento per riparare le conseguenze dannose subite dal danneggiato, e dunque per riallocare il danno e traslare così sul danneggiante le conseguenze della propria condotta causativa di un danno ingiusto.

Al centro della responsabilità aquiliana vi è allora il danno ingiusto: ossia un danno *contra ius*, lesivo della sfera giuridica altrui, e *non iure*, in quanto espressamente vietato, ove l'illecito sia tipico, ovvero più in generale non conforme all'ordinamento, ove l'illecito sia atipico, prodotto da un qualunque fatto doloso o colposo. Se però l'atipicità è pacifica per quanto riguarda il fatto, altrettanto non si può dire per quel che riguarda gli interessi presidiati dall'art. 2043 c.c., posto che è necessario in taluni casi svolgere un giudizio dinamico - comparativo per valutare se vi sia "danno ingiusto". Considerando che si vive in un sistema in cui i consociati nell'esercitare il proprio

diritto devono avere riguardo anche alle sfere giuridiche altrui che potrebbero venire lese, conformemente al principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost, un danno può essere *contra ius* ma discendere da un fatto *iure*, ossia da un fatto lecito in quanto autorizzato dall'ordinamento. Basti considerare l'attività lecita in quanto autorizzata, tuttavia dannosa per taluni consociati, che genera una responsabilità da atto lecito dannoso.⁴⁸⁰

In questi casi è necessario valutare se prevale la sfera del danneggiante ovvero quella del danneggiato. Se a prevalere è la sfera del danneggiato, il fatto è *non iure*, ed il danno *contra ius*, si ha quindi danno ingiusto fonte di responsabilità extracontrattuale e conseguente obbligazione risarcitoria, se a prevalere è la sfera del danneggiante il danno è *contra ius*, ma il fatto è *iure*, e dunque lecito, pertanto ne deriva una semplice obbligazione indennitaria.

La funzione riparatoria sottesa al nuovo Codice è del resto confermata dal dato normativo: l'art. 2043 c.c. in combinato disposto con gli artt. 2056 c.c. e l'art. 1223 c.c. Quest'ultima rappresenta infatti la norma volta a quantificare il danno ingiusto, ossia il danno giuridico risarcibile, differente, come visto dal danno storico. Esso postulando le due componenti del danno emergente e del lucro cessante, indica che il risarcimento è calibrato sull'ammontare del danno, di talché la funzione del primo sarebbe quella di riparare al secondo.

L'orientamento maggioritario ritiene, sulla base di tali considerazioni, che una funzione sanzionatoria sarebbe incompatibile con la chiara e palese funzione risarcitoria, la quale deve essere considerata la sola ed unica funzione tipica della responsabilità civile. Ciò sulla base dell'analisi storica poc'anzi condotta in relazione al pregresso Codice del 1865: ove infatti l'ingiustizia attiene al fatto, è chiaro che l'obiettivo precipuo è sanzionare il fatto illecito, ove l'ingiustizia transita al danno, l'obiettivo è quello di riparare tale danno al fine di ripristinare lo *status quo ante*.

Prima di calare le considerazioni sopra esposte nell'analisi del danno non patrimoniale, è bene precisare che la giurisprudenza, ancorché minoritaria, si chiede se effettivamente la funzione sanzionatoria sia incompatibile con la precipua funzione riparatoria sull'assunto in base al quale l'art. 2043 c.c. le abbraccerebbe entrambe: esso

⁴⁸⁰ Nelle ipotesi di responsabilità da atto lecito dannoso si verifica un bilanciamento di interessi tra l'attività lecita (autorizzata dall'ordinamento i quanto "socialmente utile") e la necessità di riparare il danneggiato. In considerazione però della natura lecita della condotta (non si può dire *non iure*) ciò che spetta al danneggiato non sarà una tutela risarcitoria, bensì solo indennitaria. L'attività, seppure lecita, non elide l'antigiuridicità del danno, che deve continuare a dirsi *contra ius*, con la conseguenza che non sarà priva di effetti per il danneggiante, ma comporterà unicamente un obbligo indennitario non già risarcitorio.

guarderebbe contemporaneamente alla sfera giuridica del danneggiato, proclamando la necessaria presenza di un danno *contra ius*, ed altresì alla sfera giuridica del danneggiante, ossia alla sua condotta, la quale deve essere *non iure*. Entrambi gli attributi rientrano del resto nel concetto di danno ingiusto: ossia un danno *non iure* per effetto di una condotta *contra ius*.

Se infatti si elimina uno dei due requisiti non si avrà più una responsabilità da atto illecito, bensì una responsabilità da atto lecito ma dannoso, posto che la condotta è *iure* nonostante il danno permanga *contra ius*. Tale differenza postula una diversa risposta da parte dell'ordinamento, ossia il danneggiante dovrà non già risarcire bensì indennizzare in ragione dell'assenza di antigiridicità della condotta. Se dunque l'art. 2043 c.c. pone l'attenzione sia sulla condotta che sul danno, è chiaro che ad esso può essere ricondotta sia una responsabilità sanzionatoria (con riferimento alla condotta), sia una riparatoria (con riferimento al danno), di talché la precipua funzione sarà da un lato sanzionare il danneggiante, dall'altro riparare il danneggiato.⁴⁸¹ Del resto la bontà di tale argomentazione è confermata dallo stesso art. 1173 c.c. in materia di fonti delle obbligazioni: tra esse vi è, oltre alla legge ed al contratto, il fatto illecito, intendendosi con esso – chiaramente – l'illecito civile, che, in quanto tale, si deve reprimere. Ciò ha portato le Sezioni Unite a cambiare indirizzo in merito all'ammissibilità dei c.d. danni punitivi.

Ciò posto, come anticipato poc'anzi, per quello che concerne specificatamente il danno non patrimoniale è necessario considerare che esiste uno scarto tra il danno subito (fisico o psichico) e la tutela risarcitoria, che necessariamente avviene mediante monetizzazione di quello stesso danno. Si ha pertanto una riparazione di natura diversa rispetto alla lesione subita, in altre parole la perdita di un arto viene risarcita mediante monetizzazione delle disfunzioni e del dolore che il soggetto ha subito e subirà, posto che non è possibile elidere le conseguenze fisiche cagionate in natura. Di qui ci si è posti l'interrogativo circa la reale funzione della risarcibilità monetaria del danno non patrimoniale, e parallelamente della natura della responsabilità che consegue all'evento dannoso.

⁴⁸¹ La natura latamente compensativa del danno punitivo oltre che sanzionatoria si riscontra anche nella dottrina nordamericana, si veda sul punto SEDGWICK, *A Treatise on the Measure of Damages; or an Inquiry into the Principles which Govern the Amount of Pecuniary Compensation Awarded by Courts of Justice*, 8th ed., vol. I, New York, 1891, 503 e ss.

Secondo un primo orientamento il risarcimento del danno non patrimoniale avrebbe una funzione satisfattiva per la vittima,⁴⁸² in quanto la somma attribuita avrebbe la funzione di fornire alla stessa una soddisfazione tale da poter appagare il soggetto per le conseguenze negative subite nella propria sfera non patrimoniale. Vi sarebbe cioè una funzione solidaristico - satisfattiva nei confronti della vittima.⁴⁸³ Di talché, la somma attribuita al soggetto dovrebbe consentirgli di ottenere sensazioni piacevoli, idonee a rimuovere le affezioni derivanti dall'illecito. Certamente il danneggiato non potrà ottenere un benessere identico a quello preesistente al fatto pregiudizievole, ma potrà ottenere vantaggi di altra natura che lo compensino in altri settori della vita. In altre parole, il risarcimento del danno non patrimoniale consente alla vittima di ottenere un'utilità sostitutiva tale da compensarlo per le sofferenze morali e psichiche.

La critica maggiore a tale teoria, che ha portato taluni ad abbracciare l'opposta teoria sanzionatoria, riguarda la stessa possibilità di operare un bilanciamento tra i dolori sofferti e i piaceri che si potranno trarre per l'impiego della somma di denaro così ottenuta: sarebbe in altre parole impossibile mettere sullo stesso piano e dunque bilanciare una simile sofferenza patita con la sensazione piacevole ottenuta mediante lo sfruttamento della somma di denaro. Inoltre, senza voler entrare nel dettaglio della questione, si consideri peraltro che parlare di sensazioni piacevoli per giustificare la funzione riparatoria del danno non patrimoniale renderebbe del tutto impossibile riconoscerlo ad un ente collettivo.

Un opposto orientamento,⁴⁸⁴ proprio per effetto di tale "scarto" ha allora evocato il dubbio che la responsabilità in questi casi possa avere una natura sanzionatoria più che effettivamente riparatoria, essa cioè sarebbe volta a punire l'autore della condotta illecita in modo tale da acquietare il sentimento di vendetta del soggetto leso. Per vero la giurisprudenza solo in rari casi si è allineata a tale visione, tuttavia avvallata da una

⁴⁸² R. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, 148 e ss.; F.D. BUSNELLI e S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003, 12 e ss.; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 25 e ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 20 e ss. Secondo Salvi, con riferimento al danno non patrimoniale, non avrebbe senso parlare di vera funzione compensativa.

⁴⁸³ In altre parole, il risarcimento del danno non mirerebbe né a punire l'autore dell'illecito, né a risarcire la vittima nel senso proprio del termine, ma piuttosto ad attribuire al danneggiato una somma di denaro tale da consentirgli di ricrearsi una situazione sostitutiva a quella perduta. Di talché, la condanna al risarcimento del danno costituirebbe solo una consolazione per il male subito. Sul punto si veda M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, 2010, ma anche E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento*, Torino, 1996, 343 e ss.

⁴⁸⁴ P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 53 e ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2008, 289 e ss.

sentenza della Corte Costituzionale n. 184/1986⁴⁸⁵ la quale facendo leva sulla Relazione Ministeriale al Codice Civile n. 803 che ha ribadito che “soltanto in caso di reato è più intensa l’offesa all’ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di un’energica repressione anche con carattere preventivo”. Sostenendo in particolare che la scelta legislativa operata con l’emanazione dell’art. 2059 c.c. discende dall’opportunità di sanzionare in modo adeguato chi ha infranto la legge, ancorché civile. Prosegue evidenziando però come ritenere che una funzione sanzionatoria caratterizzi esclusivamente o prevalentemente la responsabilità civile sarebbe infondato. Tuttavia dall’analisi della Relazione Ministeriale non è possibile negare o ritenere irrazionale una simile prospettiva tale da permettere di considerare che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di reintegrare non solo il patrimonio della vittima, ma in parte anche prevenire e sanzionare l’illecito, come avviene appunto per i danni non patrimoniali da reato.

Quindi, secondo la Corte, la responsabilità civile si affianca e talvolta si cumula con quella penale assumendo compiti preventivi oltre che sanzionatori.⁴⁸⁶ Invero tale tesi è criticata dalla maggior parte della giurisprudenza, la quale osserva che la struttura stessa del danno biologico e morale porterebbe a conclusioni differenti posto che entrambi appaiono strutturati esclusivamente per considerare le ripercussioni negative in capo alla vittima.

Per quel che concerne il danno biologico, ad esso viene più pacificamente accordata, ciò nonostante, una tale funzione compensativa, mediante la dazione di una somma di denaro liquidata attraverso un principio di equità mediante un sistema tabellare volto a garantire la parità di trattamento tra le vittime. Il suo risarcimento avrebbe dunque una funzione compensativa – solidaristica.

Più delicata è invece la questione del danno morale, il quale avrebbe una funzione riparatoria ma anche deterrente e punitiva. Quest’ultima funzione ha portato

⁴⁸⁵ Corte Cost. 14.07.1986 n. 184, FI, 1986, I, 2053.

⁴⁸⁶ Per un’analisi comparata delle criticità insite nel concetto stesso di danno punitivo si veda G. PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435 ss.; F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all’inadempimento del contratto*, Milano, 2008, 756 e ss. I quali sostengono che sia necessaria però una netta distinzione tra le funzioni della responsabilità civile ed in particolare il sistema della responsabilità aquiliana e quelle prettamente penalistiche. Per un approfondimento comparato si veda SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a comment*, in *56 S. Cal. L. Rev.*, 1982–1983, 139 e ss. FIELD, *A Treatise on the Law of Damages*, 2nd ed., Des Moines, 1881, 70 e ss.; Nota, *Exemplary Damages in the Law of Torts*, in *70 Harv. L. Rev.*, 517 e ss., la stessa teoria è poi ripresa dalla suprema Corte degli Stati Uniti nel caso *Cooper Industries* che costituisce il leading case in cui la Suprema Corte ha rigettato la richiesta di risarcimento punitivo.

recentemente la giurisprudenza ad affrontare la questione della delibazione in Italia delle sentenze straniere che riconoscono i danni punitivi in altri sistemi: vi è chi ha sostenuto che proprio la liquidazione equitativa *ex art. 1226 c.c.* di un danno impossibile da vagliare esteriormente, quale il danno morale, tutto interno alla psiche della vittima, potrebbe rappresentare nel nostro ordinamento una particolare ipotesi di danno punitivo, e dunque la tipologia di danni in parola avrebbe trovato il plauso della giurisprudenza. Considerando però che esso non è liquidato automaticamente ma richiede una rigorosa prova, quale danno conseguenza, della sua esistenza e del suo ammontare, lo stesso non avrebbe tanto la funzione di punire l'autore dell'illecito, bensì per l'appunto riparare la vittima. Ciò è peraltro già stato più volte ribadito dalla Cassazione,⁴⁸⁷ la quale ha infatti statuito che “errata è da ritenere qualsiasi identificazione o anche solo parziale equiparazione del risarcimento del danno morale con l'istituto dei danni punitivi. Il danno morale corrisponde ad una lesione subita dal danneggiato e ad essa è ragguagliato l'ammontare del risarcimento”.

Nell'ipotesi del danno morale infatti, l'accento è posto sulla sfera del danneggiato, e non del danneggiante: la finalità perseguita è soprattutto quella di reintegrare la lesione, mentre nel caso dei *punitive damages* non vi è alcuna corrispondenza tra l'ammontare del risarcimento ed il danno effettivamente sofferto”.⁴⁸⁸

In un'ottica di compromesso tra i due opposti orientamenti, una terza teoria ritiene che il risarcimento del danno non patrimoniale abbia una funzione afflittivo – satisfattiva, e dunque entrambe tali funzioni possono convivere all'interno. Secondo tale linea di pensiero il dolore e il perturbamento d'animo che il reato produce nell'offeso, trovano soddisfazione solo se la riparazione costituisce anche una misura afflittiva per il colpevole.⁴⁸⁹

Ora, essendo chiaro che per la somma corrisposta a titolo di danno non patrimoniale non potrà parlarsi di funzione compensativa *tout court*, proprio in virtù di quello scarto esistente tra danno alla persona e integrazione patrimoniale, posto che

⁴⁸⁷ Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, DR, 2007, 1125; RCP 2007, 1890.

⁴⁸⁸ Di questo avviso autorevole dottrina, E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazioni del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 504 e ss., la quale parla invece di funzione solidaristico – satisfattiva, tanto per il danno morale quanto per quello esistenziale. In particolare l'A. sostiene che “primeggi [...] una funzione solidaristico satisfattiva (sola risposta coerente ad un'aggressione non obiettabile) affiancata da una componente punitiva”.

⁴⁸⁹ Si veda ad es. C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2485, P. PETRELLI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1997, 103 e ss., il quale mette in luce che del resto la funzione punitiva della responsabilità è condivisa anche in altri ordinamenti quali ad esempio quello inglese e tedesco, ma, in quest'ultimo, la funzione del risarcimento sarebbe unicamente satisfattiva – compensativa.

compensare la vittima di un simile pregiudizio non può mai arrivare a rideterminare lo *status quo ante* la lesione, ciò nonostante non si può negare che persegue comunque un intento compensativo – riparatorio. Del resto, anche la Relazione al Codice Civile, n. 203 fa riferimento ad una “riparazione o compensazione indiretta”. Il risarcimento del danno non patrimoniale rappresenterebbe allora per la vittima comunque un compenso per avere sofferto l’illecito, diversamente opinando, sull’assunto in base al quale per questo tipo di danno, non si può ripristinare la situazione antecedente all’illecito, la vittima rimarrebbe *in toto* priva di un ristoro, di talché, ricevere comunque una somma di denaro non la può che in qualche modo compensare per quanto sofferto, considerando che anche se non elimina le conseguenze dannose subite, per lo meno le allevia per effetto di una diversa soddisfazione.

Se certo allora non si può parlare in nessun modo in tali casi di un risarcimento in forma specifica, come invece si può ammettere per il danno patrimoniale (il quale può essere completamente eliso ripristinando la situazione patrimoniale antecedente all’illecito mediante la corresponsione della somma di danaro), non si può peraltro porre in dubbio che il risarcimento equitativo che consegue al danno non patrimoniale, vada comunque in qualche modo a compensare la vittima, salvo intravederne, accanto ad un’indubbia funzione riparatoria, anche una sanzionatoria. Se così è, se cioè si ammette che la responsabilità civile possa avere anche (in parte) tale funzione, allora dovrebbero cedere tutte le resistenze volte ad impedire la configurazione dei danni punitivi all’interno del nostro ordinamento. La questione che è stata recentemente approfondita dalla Cassazione nell’affrontare la problematica circa il riconoscimento di una sentenza straniera che riconosce tali danni, di cui in seguito si parlerà.

Recuperata così la funzione riparatoria dell’illecito aquiliano, derivante appunto dall’affrancarsi della responsabilità civile da quella penale, il problema dei c.d. *punitive damages* si è posto recentemente in giurisprudenza non solo con riferimento al danno morale, bensì, per rimanere nel campo dei danni non patrimoniali, anche per il danno da *wrongful birth* ed il danno tanatologico, con due recenti pronunce. Una prima, Cass. 15350/2015 e una seconda, Cass. 25767/2015 che, pur diverse tra loro si scrivono nell’ambito del medesimo filone secondo cui l’illecito civile sia contrattuale che extracontrattuale ha funzione riparatoria, che presuppone che ci sia un danno e non può riparare che il danno. Non può esistere alcuna remunerazione per il soggetto ove questo manchi, e non può che esistere risarcimento nei limiti del danno patito posto che il danno è presupposto e limite dell’obbligazione risarcitoria.

Coerentemente la prima delle due pronunce che di seguito meglio si esamineranno, esclude la risarcibilità del danno tanatologico, ossia del danno da perdita della vita, posto che equivarrebbe a risarcire un danno evento, dal momento che il soggetto decede, pur in assenza di un danno conseguenza, poiché manca un patrimonio sul quale valutare le conseguenze dannose, estintosi con la morte del soggetto, il tutto in una prospettiva sanzionatoria estranea alla funzione della responsabilità civile, che non ammette alcuna forma di *punitive damages*.⁴⁹⁰

Viene allora da chiedersi in che cosa esattamente consistano. Essi nascono in Inghilterra con funzione sanzionatoria e deterrente ed impongono al soggetto che svolge un'attività imprenditoriale e ne trae profitto, di assumersi i relativi rischi connessi, anche nei casi in cui è difficile quantificarli, ad esempio in materia ambientale. È una sorta di rischio implicito nell'attività, accollato al soggetto che la svolge per il semplice fatto che non può generare profitti senza assumere i connessi rischi. È una punizione per la condotta posta in essere indipendentemente dagli effetti prodotti, ma non è solo un danno "implicito", è un danno quantificato in misura superiore rispetto al pregiudizio per finalità deterrente e sanzionatoria. Tale responsabilità si misura però guardando al danneggiante non al danneggiato, e pertanto tenendo un'impostazione tipica della prospettiva sanzionatoria.

Taluni, ciò nonostante, hanno ricondotto nei termini di *punitive damages* sotto l'egida dell'art. 2043 c.c., sia la clausola penale che il danno morale. Tuttavia, si osserva come questa operazione possa far sorgere delle criticità, date dal fatto che la funzione tipica dell'art. 2043 c.c. è riparatoria, mentre quella propria dei *punitive damages* è tipicamente sanzionatoria. Tale distonia di funzioni ne impedirebbe, pertanto, già in via di principio, la riconduzione dei danni in parola alla categoria del fatto illecito ex art. 2043 c.c., ovviamente per quanto riguarda il nostro sistema di responsabilità civile.

Quanto alla clausola penale, si evidenzia che il danno che deriva dall'inadempimento e previsto dalla clausola stessa è sganciato dalla sua effettiva quantificazione - già avvenuta *ex ante* pattizamente - ed esso è dovuto per il fatto stesso dell'inadempimento indipendentemente dall'esistenza di un danno. Invero, la Cass. 1781/2012 osserva come le argomentazioni proposte siano errate. In primo luogo, non è vero che la clausola penale ha funzione sanzionatoria, ma al contrario è volta a rafforzare il vincolo contrattuale, essa non è nemmeno sganciata da una quantificazione

⁴⁹⁰ Sul punto si veda M. ROSSETTI, *Danno biologico e morte della vittima. La Cassazione prova a mettere ordine nella materia*, in *Dir e giust.*, fasc 23, 2003, 72, nota a Cass. Civ. sez. III, 16 maggio 2003 n° 763.

del danno: l'art. 1384 c.c. consente infatti al giudice di ridurla, ove manifestamente eccessiva, avuto proprio riguardo all'entità del danno causato dall'inadempimento.

Per quel che concerne il danno morale, è stato sostenuto che esso può essere considerato un danno punitivo sulla scorta del fatto che la valutazione è fatta in via equitativa, *ex art. 1226 c.c.*, a prescindere da un effettivo, in quanto impossibile, accertamento in concreto nel suo esatto ammontare. In realtà, non può essere considerato tale, in quanto ciò non significa che la liquidazione è effettuata in modo indipendente dall'effettivo *quantum* di conseguenze inferte al danneggiato. Si legge infatti nelle pronunce della Cassazione, ed in particolare nel *leading case* sulla responsabilità da prodotto difettoso per i vizi di un casco da motociclista, che “tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata in *re ipsa*”. Di conseguenza, ciò che si risarcisce sub specie di danno morale è sempre e comunque una sofferenza effettivamente subita, seppur quantificabile in via equitativa, *ex art. 1226 c.c.*

Ciò chiarito, dalla prospettiva del danneggiato invece, i *punitive damages* assolverebbero alla funzione di permettergli un arricchimento oltre il danno effettivamente sofferto. È ciò che viene propriamente chiamato *over compensation*: ossia una compensazione maggiore, in chiave sanzionatoria e dunque in una prospettiva non più vittimologica, rispetto al danno patito. Ciò permetterebbe in altre parole al danneggiato di ottenere, a titolo di risarcimento, un *surplus* rispetto alla lesione patita e dunque permetterebbe a questi di arricchirsi in conseguenza dell'illecito.

Orbene, è evidente come la funzione sanzionatoria con il correlato arricchimento per il danneggiato è palesemente in distonia con la funzione riparatoria e l'effetto di mero “ripristino” tipico del risarcimento del danno. Ragion per cui il nostro ordinamento tende ad escludere i *punitive damages*, salvo specifiche ipotesi espressamente contemplate, quali ad esempio l'art. 125 del Codice della Proprietà Intellettuale,⁴⁹¹ l'art. 158 della Legge sul diritto d'autore, l'art. 12 della Legge sulla stampa, per quel che concerne la diffamazione a mezzo stampa, l'art. 96 co III c.p.c. il quale condanna il soccombente oltre al pagamento delle spese ad un'ulteriore somma

⁴⁹¹ Ciò è del resto confermato dalla più parte della dottrina, in particolare sul punto si veda L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui “danni punitivi”*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017 secondo il quale: “La Corte, del resto, va oltre. La chiara, e condivisibile, preferenza per un ordine pubblico “di risulta” si accompagna ad un accorto scrutinio di tutte quelle ipotesi nelle quali già il diritto interno si mostra incline ad un uso punitivo-afflittivo della condanna pecuniaria (personalmente nutrirei qualche dubbio sulla restituzione dei profitti contemplata dall'art. 125 c.p.i. che mi sembra misura più prossima all'area dell'ingiustificato arricchimento, ma la questione può qui senz'altro accantonarsi).

equitativamente determinata al fine di sanzionare l'abuso del processo,⁴⁹² ancora, l'art. 709 *ter* c.p.c. che nelle controversie tra genitori per l'esercizio della responsabilità genitoriale consente al giudice di emettere condanne contenenti una somma di denaro a titolo di danno punitivo per la scorretta condotta, o ancora l'art. 187 *undecies*, co. II, D.lgs 24 febbraio 1998, n. 58, in tema di intermediazione finanziaria, che prevede nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato, che la Consob possa costituirsi parte civile e richiedere a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato”.

Del resto, il prevedere all'interno del sistema delle forme di responsabilità che escono dai confini della stretta matrice risarcitoria, è indice, come si legge nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, “della dinamicità o polifunzionalità del sistema della responsabilità civile, nella prospettiva della globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale, che invoca la circolazione delle regole giuridiche, non la loro frammentazione nei diversi orientamenti nazionali”.

Volendo però analizzare più approfonditamente la violazione dei diritti sulla proprietà intellettuale più che parlare strettamente di danno punitivo si dovrebbe far riferimento alla restituzione del profitto ingiusto, il c.d. *disgorgement* ossia l'obbligo di restituire il profitto illecitamente conseguito, pur in assenza di un danno. Questo è un istituto che nasce nel sistema nordamericano e che fissa il divieto di arricchimento illecito derivante dalla lesione di un diritto altrui, imponendo la “retroversione degli utili” illecitamente conseguiti. Il nostro sistema non lo riconosce, proprio perché non vi è una funzione sanzionatoria bensì riparatoria nell'impianto della responsabilità civile. Pertanto, l'autore di una condotta antiggiuridica che ricava un vantaggio, senza però cagionare un danno non ha alcun obbligo risarcitorio, se non nella misura del danno inferto.

⁴⁹² Per vero, non vi è unanimità di vedute nel ritenere l'art. 96 co III c.p.c. espressione di un danno punitivo, per un'analisi critica sul punto si veda A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, V, 2009, 221; A. CARRATTA, *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2011, 814 ss. i quali peraltro discutono se inquadrare l'istituto nell'ambito del diritto civile sostanziale ovvero processuale. L'estraneità al danno della misura in esame la porrebbe al di fuori del raggio d'azione della responsabilità.

Se infatti l'autore dell'illecito mediante questo ottiene un profitto che supera il danno provocato, ottiene certamente un vantaggio, ma parallelamente ci si chiede se il danneggiato possa perseguire tale *vantaggio ingiusto*, consistente del resto in un *profitto ingiusto* o debba accontentarsi del mero risarcimento del danno subito, con la conseguenza che tale "inadempimento efficiente" andrebbe ad arricchire unicamente il danneggiante, senza esporlo ad un obbligo restitutorio, di qui appunto "l'efficienza" nella violazione cagionata.⁴⁹³

La Legge sul diritto autore,⁴⁹⁴ all' art. 158 e, parimenti, l'art. 125 del Codice della proprietà industriale prevedono la possibilità che il soggetto che subisce la violazione del diritto d'autore o della proprietà industriale possa agire per la restituzione del profitto illecito, tradottosi in un arricchimento mediante fatto ingiusto. Si consideri infatti che chi usa l'altrui brevetto o diritto autore ha un profitto ulteriore rispetto al danno inflitto al suo titolare, il quale senza la cooperazione della casa editrice o l'intermediazione della grande industria, non trae profitto. Se pertanto qualcuno usa il brevetto "abusivamente" il danno che provoca, ossia la perdita economica, rimane per così dire contenuta anche in termini di lucro cessante, per contro, il profitto che la casa editrice o l'impresa che usa il brevetto riesce a trarre da quell'uso abusivo della proprietà intellettuale è di gran lunga maggiore rispetto al danno patito dalla vittima. Ecco perché legislatore ha previsto in questi settori il danno punitivo, consentendo un'azione che non è meramente risarcitoria ma che consente alla vittima di agire per il recupero profitti illecitamente conseguiti.⁴⁹⁵

⁴⁹³ Sul punto si veda A. VANZETTI, *La "restituzione" degli utili di cui all'art. 125, n. 3, C.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.*, 2006, 323 ss.

⁴⁹⁴ L. n. 633 del 1941.

⁴⁹⁵ Sul punto si riporta un importante passaggio della giurisprudenza di merito "Se da un lato [...] è ipotizzabile che il legislatore abbia inteso individuare una mera modalità di liquidazione del danno"- esordisce il Tribunale - "dall'altro si è sostenuto, soprattutto in dottrina, che il diritto alla restituzione degli utili si collocherebbe su un piano diverso rispetto al risarcimento del danno, sia perché non sarebbe ravvisabile un rapporto di correlazione necessaria tra vendite del contraffattore e mancate vendite del titolare, sia perché il riconoscimento del diritto sarebbe ispirato alla necessità di evitare che la violazione della privativa sia occasione di arricchimento per il suo autore tutte le volte in cui il guadagno realizzato superi la perdita effettiva del titolare del diritto leso. Quest'ultima interpretazione appare al Collegio preferibile in quanto aderente al testo della norma, la quale, dopo avere enumerato in modo esaustivo le voci di danno risarcibili ed i criteri di risarcimento, precisa che "in ogni caso" il danneggiato può chiedere la restituzione degli utili realizzati dal contraffattore. È inoltre significativo che la disposizione contrapponga il diritto agli utili realizzati al diritto al risarcimento del lucro cessante, prevedendone l'esercizio in via alternativa - quanto meno fino alla concorrenza dell'importo del risarcimento - in quanto tale contrapposizione induce una differenziazione ontologica tra i due diritti, che finirebbero invece per sovrapporsi se partecipassero della medesima natura risarcitoria. La differenziazione tra risarcimento del danno e restituzione degli utili compare oltretutto anche nella rubrica dell'art. 125. La condanna del responsabile alla restituzione degli utili non è quindi condizionata alla prova dell'esistenza di un danno

Il Codice della proprietà industriale e parimenti la Legge sul diritto d'autore, all'art. 125 codificano l'azione per ottenere la restituzione del profitto ingiusto conseguito dall'autore della violazione. Si parla in tali casi di "arricchimento da fatto illecito". Per meglio comprendere l'assunto, si consideri il caso in cui il danneggiante cagiona un danno che è inferiore al vantaggio che egli consegue per effetto del fatto illecito. Se infatti il danno è pari a 100, ed il profitto è pari a 150, il danneggiante, stante la funzione riparatoria, dovrebbe riparare 100, con la conseguenza che egli guadagnerà dal fatto illecito 50.⁴⁹⁶

Ecco che la funzione riparatoria nei casi di arricchimento da fatto illecito è inefficace ed inefficiente, posto che potrebbe paradossalmente incentivare la commissione del fatto illecito, in quanto potenzialmente produttivo di vantaggi. Ecco perché si prevede, *ex art. 125*, la restituzione del profitto illecitamente conseguito, in modo tale da sottrarre ogni utilità al danneggiante, considerando espressamente "i benefici realizzati dall'autore della violazione" nel determinare il quantum risarcitorio.

Si evidenzia però un'anomalia: essa è dal legislatore inserita all'interno di un rimedio prettamente risarcitorio, quando invece avrebbe un carattere prettamente sanzionatorio; consente in altre parole al danneggiato un diritto al risarcimento del danno quantificato altresì tenendo conto del profitto che ha ottenuto l'autore della violazione. Pertanto, il lucro cessante è determinato anche tenendo conto degli utili conseguiti da chi ha violato il diritto. Si innesta dunque, per tal via, all'interno del rimedio risarcitorio, un rimedio che ha natura profondamente diversa, per ovviare al fatto che il primo dei due non consentirebbe di recuperare gli utili proprio perché il nostro è un sistema schiettamente riparatorio in base al quale chi si arricchisce illecitamente non è obbligato a restituire il profitto, ma solo il danno.⁴⁹⁷

risarcibile. L'applicabilità della disposizione nel caso concreto richiede tuttavia la verifica di due presupposti. In primo luogo, è necessario l'accertamento degli utili conseguiti. In secondo luogo, giacché la disposizione attribuisce al titolare del diritto leso gli utili realizzati attraverso una condotta vietata dalla normativa sulla proprietà industriale, è necessaria una relazione causale tra la violazione e il profitto conseguito; in caso di contraffazione di un marchio è quindi necessario che il profitto sia imputabile esclusivamente o prevalentemente all'uso dell'altrui segno distintivo". Così Trib. Genova, 23 febbraio, 2011.

⁴⁹⁶ In particolare, per un approfondimento sull'azione di ingiustificato arricchimento si veda P. SCHLESINGER, voce *Arricchimento* (Azione di), in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1004 ss.; R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962; L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964.

⁴⁹⁷ La Cass. si è di recente occupata di un caso che riguarda una scuola di ballo che usa illecitamente l'immagine di un ballerino per farsi pubblicità. Si osserva che dall'uso illegittimo dell'immagine altrui, il soggetto non patisce un danno, semmai al contrario, riceve un vantaggio consistente nella pubblicità e notorietà che ne può trarre. Pertanto, in assenza di danno, ci si chiede se abbia diritto al risarcimento, sub

Quando allora ci si chiede se nel nostro ordinamento esista un' azione diretta ad ottenere la restituzione dell'ingiusto profitto, ossia il *surplus* che il danneggiante ottiene rispetto a quanto deve corrispondere a titolo risarcitorio per il danno inferto alla vittima, essa non potrebbe essere ricondotta all'art. 2043 c.c. proprio per la sua funzione riparatoria, la quale non ammetterebbe la restituzione del profitto ingiusto, che si sostanzia appunto, in una "punizione" - ancorché legittima - per colui che lo consegue. Ecco perché l'art. 158 della Legge sul diritto autore, crea una figura per così dire "ibrida" che unisce in sé una natura risarcitoria e sanzionatoria allo stesso tempo. Tale previsione è "ibrida" perché risente della tradizionale concezione *pan aquiliana* dell'illecito, secondo la quale esiste unicamente un'azione generale per ottenere il risarcimento del danno ingiusto (art. 2043 c.c.), non anche una per ottenere il risarcimento del profitto ingiusto.

Se pertanto tale profitto non ha cagionato un danno, il danneggiato non lo può recuperare *ex art.* 2043 c.c. A dire il vero esiste nel nostro ordinamento la sola azione di arricchimento senza causa, prevista all'art. 2041 c.c., peraltro norma residuale, la quale però risente della struttura stessa dell'art. 2043 c.c. e dunque della prospettiva vittimologica – risarcitoria, posto che consente di ottenere la restituzione della minor somma tra arricchimento e depauperamento. Essendo una norma residuale essa opera solo qualora non sia possibile applicare l'art. 2043 c.c., cioè nei casi in cui lo spostamento patrimoniale non è illecito, ma solo ingiusto. Se infatti esso è illecito il depauperamento patrimoniale il danneggiato lo ottiene in quanto appunto danneggiato, anche se il danneggiante non si è arricchito, qualora invece non vi sia illecito il depauperamento lo recupera unicamente nei limiti dell'arricchimento. Di talché, l'art. 2041 c.c. permette unicamente di recuperare il danno, non invece l'arricchimento, tutelando unicamente chi subisce un danno. Se, in altre parole, il danno è pari a 5 ma il vantaggio indebitamente conseguito dal danneggiante è pari a 100, l'art. 2041 c.c. consente unicamente al danneggiato di recuperare quei 5, i 100 rimangono dunque a favore del danneggiante.

Esiste allora, in una prospettiva solidaristica, che dovrebbe muovere dall'art. 2 Cost., superando le strette maglie risarcitorie della struttura dell'illecito aquiliano,

specie di riconoscimento degli utili che avrebbe percepito se la scuola di ballo avesse corrisposto per l'uso dell'immagine altrui, tenuto conto però del fatto che la società di ballo, grazie all'uso illecito dell'immagine altrui, ha percepito introiti. La Cassazione, con sent. n. 11353/2010 riconosce la "retroversione degli utili". Questo non è la retroversione degli utili percepiti dalla scuola di ballo ma il riconoscimento del compenso che sarebbe spettato al ballerino per l'utilizzo della sua immagine. Ma questo pare essere un principio opposto al *disgorgement*.

un'azione diretta a recuperare un arricchimento ingiusto? Una gran parte della giurisprudenza ritiene di dare una risposta negativa, sull'assunto in base al quale le norme che ammettono il *disgorgement* sono eccezionali.

Ciò è confermato peraltro da una recente Direttiva UE,⁴⁹⁸ appena trasposta, la quale, in materia di illecito anticoncorrenziale esclude espressamente, diversamente a quanto invece fa l'ordinamento Statunitense, la possibilità per la vittima dell'illecito antitrust di ottenere un risarcimento del danno superiore rispetto al danno patito, questo da ristorare sì nella sua integralità, ma non oltre. Essa esclude espressamente la "sovracompensazione", ciò sull'assunto in base al quale il danno antitrust, ricadendo sotto il campo applicativo dell'art. 2043 c.c., per la sua funzione tipicamente riparatoria, non consente i danni punitivi.

Si è visto che l'art. 158 lo ammette in modo un po' ambiguo, lo stesso fa, forse meno ambigualmente, l'art. 125 della Legge sul diritto d'autore.⁴⁹⁹ Il co. I e II disciplinano il risarcimento del danno, mentre il co III prevede quale rimedio ulteriore e diverso che - in ogni caso - il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore dell'illecito, ed in alternativa al risarcimento, il lucro cessante nella misura in cui *eccede* il risarcimento (non dunque nei *limiti* di esso!). Ma al di fuori di queste ipotesi tipiche manca una norma che consenta al danneggiato di poter conseguire lo stesso risultato. Non può essere l'art. 2043 c.c. per le ragioni sopra dette, e nemmeno l'art. 2041 c.c. il quale non consente di recuperare l'arricchimento oltre i limiti del danno.

Chi infatti si è occupato del tema evidenzia che i concetti di "danno ingiusto" e di "arricchimento ingiusto" sono profondamente diversi, e pertanto non riconducibili così semplicemente alle previsioni normative di cui sopra. Se ciò è senz'altro condivisibile, è necessario considerare che ogni diritto consta di due componenti fondamentali: una materiale, che si traduce nel potere di godimento della *res*, pregiudicata da comportamenti che cagionano danni materiali al potere di godimento, in cui di solito non vi è arricchimento per il danneggiante, ed una giuridica, incisa da una lesione parimenti tale, che attiene al potere di disposizione.

⁴⁹⁸ Direttiva 2014/104/UE

⁴⁹⁹ L'incremento al quantum risarcitorio in relazione sia alla gravità della condotta, che se è dolosa è ulteriormente maggiore rispetto a quella colposa, sia tramite un fattore moltiplicatore del danno risarcibile: es. il triplo del pregiudizio effettivamente provocato. È del tutto evidente allora che si fuoriesce dalla sfera riparatoria, per invadere quella sanzionatoria. Sul punto si veda A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, 157-160.

Nel diritto d'autore, ed in materia di brevetto, la lesione lamentata non è certamente materiale, bensì essa è inferta al potere di disposizione. Chi pertanto subisce la lesione nel suo potere di disposizione, che non è una lesione materiale, non può esercitare un'azione di restituzione degli utili, in quanto non vi è una simile azione nel nostro ordinamento, salvo le ipotesi codificate. Pertanto, dalla lesione del potere di disposizione deriva un arricchimento senza fatto ingiusto, mentre dalla lesione del potere di godimento deriva un danno ingiusto sussumibile nell'art. 2043 c.c. Ecco perché, a causa di questa diversità, il legislatore ha sentito la necessità di creare delle disposizioni *ad hoc*, al fine di tutelare il diritto di disposizione, in quanto a rigore non sussumibili nell'articolo in parola, e nemmeno all'art. 2041 c.c. il quale pone, come visto, un limite della "correlativa diminuzione patrimoniale", salvo leggere l'inciso come riferimento e ampio tale da consentire il recupero dell'arricchimento oltre la perdita economica.

Ecco dunque che, per evitare una simile tensione, si ricerca altrove il fondamento di tale azione, rinvenendolo nella norma sulla gestione di affari altrui la quale prevede che, sussistendone i presupposti, la stessa sia ammissibile e gli utili vadano restituiti al soggetto gerito, il quale a sua volta può essere chiamato a risarcire il gerente dell'esercizio dell'attività svolta. Chi de resto potrebbe obiettare che la *negotiorum gestium* non sia riconducibile ad un obbligo solidaristico? Il gestore si ingerisce nella sfera giuridica altrui, in un momento di *absentia domini*,⁵⁰⁰ ben consapevole di non essere tenuto a svolgere quell'attività, con una finalità altruistica di gestire un affare per conto di un altro soggetto, che è impossibilitato a farlo e che, in assenza di tale comportamento attivo potrebbe essere pregiudicato e dunque subire un danno.⁵⁰¹ Del pari, quest'ultimo è tenuto ad indennizzare il gestore di tutte le spese sostenute.

Per il caso in cui invece la gestione sia dannosa, lo stesso art. 2032 c.c. che è una norma di chiusura del sistema consente di ratificare una gestione eseguita al di fuori dei presupposti di legge che la legittimerebbero, applicandosi per tal via le norme sul mandato, e consentendo al gerito di recuperare gli utili. Qualora invece abbia subito più danni rispetto ai vantaggi conseguiti dal gestore non autorizzato, può decidere di non ratificare ed agire *ex art. 2043 c.c.* al fine di ottenerne il risarcimento. Quindi il 2032 c.c.

⁵⁰⁰ Intende in senso rigoroso la *absentia domini* S. FERRARI, *Gestione di affari altrui* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, s.d. Milano, 1969, 647, intendono invece *l'absentia domini* come assenza di *prohibitio* TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, 455.

⁵⁰¹ U. BRECCIA, *La gestione di affari*, in Tratt. Rescigno, 9, Torino, 1984, 746 e ss.; p. Sirena, *La categoria dei contratti di collaborazione*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di Sirena, Torino, 2011, 4.

è visto come un rimedio che consente al gerito che ha avuto una lesione del potere di disposizione, di ottenere l'arricchimento ingiustamente conseguito mediante le norme sul mandato.

Ci sono allora tre azioni a disposizione: un'azione generale per il danno ingiusto, che consente unicamente di ottenere il risarcimento nei limiti del danno subito, *ex art.* 2043 c.c., un'azione generale verso l'arricchimento ingiusto, *ex art.* 2041 c.c., e, qualora l'illecito provochi un arricchimento maggiore del danno è possibile ricorrere all'art. 2032 c.c.

Così configurato, non si tratterebbe propriamente di un danno punitivo posto che la sua funzione non è tanto punire, bensì restituire un profitto illecito, è una funzione per così dire equitativa, al fine di evitare che il profitto rimanga in capo all'autore della violazione permettendo il c.d. "inadempimento efficiente".⁵⁰² Se fosse davvero un danno punitivo non si limiterebbe ad elidere il profitto ma andrebbe altresì a punire.

Oggi la questione non è meramente teorica o dottrinale, il problema si sta concretamente punendo anche oltre i confini del nostro ordinamento, posto che ci si sta chiedendo se sia possibile delibare una sentenza straniera che lo abbia riconosciuto.⁵⁰³ Un possibile ostacolo a ciò è intravisto nel contrasto dei c.d. *punitive damages* con l'ordine pubblico internazionale.⁵⁰⁴ Ma per ammettere tale contrasto dovrei poter dire che questo tipo di danno è contrario ai principi costituzionali. Ciò non è sostenibile, anzi, potrebbe proprio essere giustificato da essi tenuto conto della funzione riequilibrativa e latamente solidaristica che pongono: vero è che il soggetto danneggiato vede risarcito il danno sofferto, ma oltre ad esso c'è un soggetto non

⁵⁰² Invero, già una parte di autorevole dottrina scroge nell'art. 2043 c.c. una funzione anche sanzionatoria oltre che riparatoria, s. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *La responsabilità civile*, II, 2009, 165 e ss., secondo il quale "I consociati [...] nel risarcimento del danno vedono anzitutto uno strumento sanzionatorio, in grado non soltanto di reintegrare il patrimonio leso ma anche di svolgere una funzione di prevenzione dell'illecito".

⁵⁰³ In particolare, il caso si era posto innanzi alla necessità di dover stabilire se delibare una sentenza statunitense oppure no. App. Trento, Sez. dist. di Bolzano, 16 agosto 2008, in *Danno resp.*, 2009, 92 ss. con nota di G. PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Corriere giur.*, 2012, con nota di P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no*. Si veda anche P.G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 834 e ss.

⁵⁰⁴ La Cassazione si era già espressa in negativo circa l'ammissibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento, stante la funzione appunto riparatoria della responsabilità civile. Sul punto si veda Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460 e ss. con nota di PONZANELLI, *Danni punitivi, no grazie*; in *Corriere giur.*, 2007, 4, 497 con nota di FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Europa dir. priv.*, 2007, con nota di SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*.

titolare del diritto che si è avvantaggiato di esso, sottraendo in qualche modo al suo titolare la possibilità di conseguire lui stesso quel vantaggio. Nella scelta tra lasciare tale arricchimento a chi non è titolare del diritto, sebbene da lui prodotto o causato, e farlo confluire invece al soggetto titolare, i principi costituzionali dovrebbero appunto portare a propendere per la seconda soluzione. Pertanto, un'eventuale norma che eventualmente ammetta i danni punitivi non sarebbe incostituzionale, salvo che li preveda in via sproporzionata.

A conferma di questo indirizzo, la giurisprudenza nel risarcire talune tipologie di danni ha surrettiziamente ammesso la categoria dei *punitive damages*, al di fuori dunque delle ipotesi espressamente tipizzate.⁵⁰⁵ È il caso del danno tanatologico e del danno da *wrongful birth*, mentre, volgendo lo sguardo al panorama amministrativistico, un'ulteriore ipotesi di danno punitivo potrebbe essere intravista nel danno da mero ritardo della p.a., ricondotto alla fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. per i casi in cui la p.a. è obbligata ad esercitare il potere entro un termine.⁵⁰⁶ L'omesso esercizio dello stesso, a fronte di un obbligo di esercitarlo, configura un comportamento antiggiuridico, non già un'attività lecita ma dannosa, il che dovrebbe comportare conseguenze risarcitorie in luogo di quelle indennitarie invece previste. Essa, indipendentemente dalle conseguenze generate nella sfera giuridica del privato, è obbligata, per ogni giorno di ritardo, in funzione dunque deterrente e sanzionatoria, a corrispondergli una sorta di "penalità di mora" a titolo di indennizzo. In una simile ipotesi se sussiste certamente un danno evento consistente nell'incertezza giuridica del privato, che attende l'esercizio del potere, altrettanto non può dirsi che sussista per ciò solo un danno conseguenza per non potersi determinare nel frattempo. Di talché è difficile sconfessare l'intrinseca natura sanzionatoria del danno da mero ritardo per la p.a.

⁵⁰⁵ In senso critico sul punto si veda autorevole dottrina, L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui "danni punitivi"*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017, in <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2017/01/brevi-considerazioni-a-margine-dellordinanza-di-rimessione-alle-sezioni-unite-sui-danni-punitivi/>, il quale criticamente sul punto osserva "non mi sembra che sia rinvenibile, tra le pieghe dell'ordinamento, una regola che possa ergersi a presidio di un rimedio punitivo generalizzato. Certamente, almeno a mio parere, non può essere chiamato a svolgere questa funzione il principio di effettività, là dove quest'ultimo implica una forma di tutela già nota al sistema, della quale vanno corrette le insufficienze proprio allo scopo di renderla effettiva, ovvero di metterla nelle condizioni di assicurare al titolare del diritto la piena attuazione del suo interesse (caso classico, quello dell'astreinte rispetto all'azione di adempimento delle obbligazione di fare e di non fare: e, a proposito dell'astreinte, non si può fare a meno di rilevare come, pur trattandosi di una misura puramente accessoria, essa sia stata introdotta nel sistema sulla base di una norma di legge, e ciò proprio in omaggio al disposto dell'art. 23 Cost.".

⁵⁰⁶ Sul punto si veda R. CASO, *Le Sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*, in *il Foro It.*, v. 2015, n. 9 (2015), 17-24.

Partendo dal danno tanatologico, esso è uno dei casi emblematici in cui la giurisprudenza ha condizionato la risarcibilità di tale danno in funzione della natura della responsabilità civile nel nostro paese, ragion per cui l'analisi dello stesso non può essere tralasciata. Innanzitutto, bisogna precisare sin dall'inizio che il danno da lesione del diritto alla vita è cosa diversa dal danno che il soggetto subisce nell'arco temporale tra la lesione e l'evento morte.⁵⁰⁷ Il problema che si pone è capire se il danno da lesione del diritto alla vita sia in quanto tale risarcibile, e la giurisprudenza sembra essere ferma nel negarlo tutte le volte che esso non è preceduto da agonia pre morte.⁵⁰⁸

È necessario a tal fine tenere presenti tre distinte categorie di danni, esse sono il danno tanatologico, che è il danno da morte in sé, per la perdita della vita, a prescindere dal fatto che il soggetto abbia sofferto nel periodo pre morte, il danno catastrofico, che è una tipologia di danno morale, e racchiude tutti i danni sofferti pre morte, e si sostanzia nella lucida agonia in attesa dell'evento morte, e infine il danno terminale, che è un danno biologico, e si sostanzia nel danno da lesione alla salute nel periodo che precede la morte.⁵⁰⁹ Mentre il danno catastrofico e quello terminale sono risarcibili pacificamente, posto che vi è sia un danno evento (la lesione alla salute *sub specie* di danno biologico o morale), sia un danno conseguenza (la sofferenza patita pre morte), maggiori problemi sorgono nel riconoscere il risarcimento al danno tanatologico, posto che sembra essere un danno evento.⁵¹⁰

La giurisprudenza nel risarcire il danno terminale lo subordina alla sopravvivenza in vita del soggetto per un congruo tempo prima della morte, posto che lo considera come un danno fisico che il soggetto subisce in attesa della morte. Di conseguenza è necessario, ai fini della possibilità di accordarvi un risarcimento, che il soggetto non solo sopravviva dopo l'evento lesivo per un "ragionevole lasso di tempo", bensì anche

⁵⁰⁷ R. CASO, *Il danno non patrimoniale da uccisione*, in G. PASCUZZI (a cura di), *Lex Aquilia giornale didattico e selezione di giurisprudenza sull'illecito extracontrattuale*, Bologna, 2005, 1 e ss.

⁵⁰⁸ Cass., 24 marzo 2011, n. 6754, in *Corr. giur.*, 2011, 1091, con nota di G. PONZANELLI, *Il problema delle duplicazioni: due sentenze della Cassazione*; Cass., 9 maggio 2011, n. 10107, in *Giur. it.*, 2012, 796, con nota di BERRUTI, *Note in tema di danno non patrimoniale da morte*.

⁵⁰⁹ Così, G. PONZANELLI, *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita, verso un nuovo statuto di danno risarcibile? Il commento*, in *Danno e resp.*, 2014, 4, 363, il quale osserva a proposito del danno tanatologico: "E anche per questo tale pregiudizio era stato poi etichettato in modo assai frammentario e diversificato: danno tanatologico, danno catastrofico, danno biologico terminale, quando all'inizio si preferiva l'espressione danno biologico da morte, che non era risarcibile, a meno che non fosse accertato un intervallo di tempo adeguato che consentisse di risarcire il danno biologico".

⁵¹⁰ Sul punto si veda R. CASO, *Le Sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*, in *Il Foro It.*, v. 2015, n. 9 (2015), 17-24, ed altresì id., *Il bene della vita e la struttura della responsabilità civile*, in *Il Foro it.*, v. 2014, n. 3, I (2014), 769-771.

che possa percepire l'avvicinarsi della morte, soffrendo per tale ragione.⁵¹¹ Solo in presenza di tali due condizioni, esso può dirsi risarcibile.

Il danno catastrofico è il dolore per la morte che sta per sopraggiungere, e ciò che si risarcisce è la "lucida agonia in attesa di essa". Il danno tanatologico è invece il danno da perdita della vita in quanto tale. Le Sezioni Unite 22.07.2015 n. 15350, disattendendo l'orientamento di segno opposto (Pronuncia Scarano n. 1361/2014) ne escludono la sua risarcibilità proprio in considerazione della natura solo riparatoria della responsabilità civile,⁵¹² secondo la quale non è sufficiente che vi sia la lesione di un diritto, ma tale lesione deve avere prodotto una conseguenza economica, non economica patita dal soggetto, e dunque che vi sia un danno conseguenza.

Tuttavia, nel caso del danno tanatologico il danno conseguenza presuppone che il soggetto sopravviva al danno evento per poter percepire la lesione.⁵¹³ Quando allora la morte è contestuale all'evento dannoso e non c'è un'apprezzabile sopravvivenza del soggetto, il danno da lesione alla vita non può avere alcuna conseguenza dannosa, e si risolverebbe in un danno evento. Ammetterne la risarcibilità significherebbe ammettere la sussistenza di un danno punitivo nel nostro ordinamento, posto che così facendo non sia andrebbe a riparare la vittima, bensì a sanzionare il danneggiante. Il soggetto danneggiato, in tali circostanze non potrebbe allora maturare il diritto di credito al risarcimento del danno, di talché non potrà nemmeno trasferirlo agli eredi *iure hereditatis*, ma essi potranno agire solo *iure proprio* per la perdita del proprio caro.

Prima della pronuncia delle Sezioni Unite su menzionata, si contrapponevano due orientamenti: un primo contrario al risarcimento del danno tanatologico proprio sulla base della funzione solo riparatoria della responsabilità civile: nel sistema riparatorio il danno deve infatti essere "vissuto" dal soggetto *post* illecito, non può coincidere con

⁵¹¹ Sul punto si veda anche Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno resp.*, 2009, 19, con note di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, di LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SSUU 26972, 26973, 26974, 26975/2008* e di SGANGA, *Le sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*.

⁵¹² Così confermato da Cass., 15 aprile 2015 n. 7613, in *Dir. civ. cont.*, 7 luglio 2015, con nota di SCIARRATTA, *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile*, la Corte sostiene infatti che la funzione primaria della responsabilità civile sia riparare non già sanzionare.

⁵¹³ R. CASO, *Uccidere è più conveniente che ferire: la distruzione della vita tra paradossi, irrazionalità e costi del "sistema" risarcitorio del danno non patrimoniale*, in U. IZZO (cur.), *Dialoghi sul danno alla persona*, Trento, 2006, 211 ss.

l'illecito. Il soggetto deve percepire le conseguenze dannose, soffrire per esse, solo così può dirsi davvero "riparato".⁵¹⁴

Un diverso orientamento critica l'irrisarcibilità partendo dalla considerazione che in certi casi se non ammetto il risarcimento del danno tanatologico il soggetto danneggiante non sarebbe chiamato a riparare alcunché nonostante la gravità dell'illecito commesso.⁵¹⁵

Se infatti la morte è immediata, non vi sarebbe la possibilità di risarcire né il danno catastrofico, né il danno terminale, inoltre non è detto che i parenti della vittima riescano a dimostrare la sofferenza *iure proprio*. L'assunto sul quale poggia la teoria "negazionista" sarebbe inoltre quello di ritenere che la perdita immediata della vita non è un danno, posta la non sopravvivenza del soggetto,⁵¹⁶ con l'assurda conseguenza di ritenere danno invece una lesione minore che permetta al soggetto di rimanere in vita, e che si risolverebbe in un danno alla salute, e considerare invece *tamquam non esset* il caso più grave di lesione alla vita. Servirebbe, nell'ottica costituzionalmente orientata, una tutela più intensa del bene vita. Del resto, diversamente opinando si potrebbe sovvertire la gerarchia di valori della Costituzione facendo passare l'idea che "per fortuna la vittima è morta subito", e dunque che sia economicamente più conveniente uccidere che ferire.

Inoltre, la negazione della tutela della vita fa sì che tutto il problema risarcitorio si sposti sul danno patito nell'intervallo che precede la morte, al fine di capire se esso sia "sufficientemente esteso" per avere permesso al soggetto di maturare una sofferenza, e dunque un diritto di credito risarcitorio trasmissibile agli eredi. Se invece si risarcisse la

⁵¹⁴ Per un'evoluzione sul punto, si vedano in particolare Cass. 12 settembre 2011, n. 18641, in *Danno e resp.*, 2012, 17, con nota di G. PONZANELLI, *La Cassazione e il danno morale: un contributo per una lettura*; Cass. 20 novembre 2012, n. 20292, in *Danno e resp.*, 2013, 129, con nota di G. PONZANELLI, *Non è tanto il danno esistenziale, ma il quantum il vero problema del danno non patrimoniale*, e in *Corr. Giur.* 2013, 321, con annotazione di G. VILLA, *Anche sulle "etichette" del danno non patrimoniale*, e Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585, in *Foro it.* 2013, I, 3434, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Il ritorno di fiamma del danno esistenziale (e del danno morale soggettivo): l'incerta dottrina della Suprema Corte sull'art. 2059*, e di G. PONZANELLI, *Nomofilachia tradita e le tre voci di danno non patrimoniale*.

⁵¹⁵ C. CASTRONOVO, *Il danno biologico a causa di morte aspettando la Corte Costituzionale*, in *Vita not.*, 1994, 563 s.; Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, negli stessi termini Cass., 25 febbraio 1997, n. 1704.

⁵¹⁶ Autorevole dottrina postula infatti la necessità di ravvisare un danno conseguenza, che nel caso di specie, mancherebbe. In particolare, il risarcimento avrebbe ad oggetto non l'evento in sé e per sé, ma le conseguenze negative per il soggetto che lo patisce, SSUU, 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Foro it.*, 2009, I, c. 121, con note di palmieri, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, di PARDOLESI e SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*, di G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*.

perdita della vita in sé, si avrebbe una situazione più “cristallina”: chi uccide deve risarcire. Bisogna allora ritornare a concepire il danno alla vita come un danno eccezionalmente evento, come nota parte della dottrina del resto sostiene. (Pardolesi).

Due sono allora i dogmi da scalfire per ammettere la risarcibilità del danno da lesione alla vita: il primo è che esso non può avere un danno conseguenza, il secondo è che esso non può avere una funzione riparatoria, ma necessariamente sanzionatoria, ma non per questo si deve pervenire ad un’esclusione dell’obbligo risarcitorio. L’idea sbagliata di fondo è quella di ritenere che per valutare la sussistenza o meno di un danno si devono poter valutare le perdite che esso ha prodotto. Ma tale ragionamento, evocante la teoria differenziale che valuta il patrimonio del soggetto pre illecito e *post*, per andare a commisurare l’entità del risarcimento alla somma necessaria al ripristino dello status quo ante, può essere corretta per il danno patrimoniale, non anche per quello non patrimoniale.⁵¹⁷ Sullo sfondo vi è che se a parole il danno non patrimoniale continua a proclamarsi un danno conseguenza, di fatto esso viene trattato come un danno evento, posto che alla lesione del danno alla salute, scatta il sistema tabellare che quantifica le conseguenze risarcitorie. Vi sarebbe sotteso di fatto un automatismo che le stesse Sezioni Unite 2008 avevano cercato di scalfire, ma che nella prassi si rivela ancora oggi ben saldo.

Inoltre bisogna considerare che nel richiedere la sussistenza del danno conseguenza si condiziona la risarcibilità del danno da perdita alla della vita alla permanenza in vita del soggetto, in modo tale da poter verificare le perdite – conseguenza per il soggetto, arrivando all’assurdo di non ritenerle esistenti posto che “azzerando il soggetto” per effetto della morte, si azzererebbe il suo patrimonio, rendendo impossibile tale verifica e finendo per ritenere che non vi sia alcuna conseguenza risarcibile.

Invero, se il soggetto perde la vita, avrà perso non già “alcunché” bensì “tutto”, ossia ogni perdita economica astrattamente verificabile. A tale concezione potrebbe darsi l’ostacolo della funzione riparatoria della responsabilità civile, ma a ben vedere, il nostro sistema si sta aprendo sempre più all’ammissibilità di una responsabilità civile con funzione sanzionatoria. Se è pur vero che tali casi sono tutti stati tipizzati dal

⁵¹⁷ L’importanza della Differenztheorie è sottolineata anche da C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 103, secondo il quale ha segnato “un passaggio cruciale nell’evoluzione medesima della nozione di danno, da fenomeno naturalistico-materiale calcolabile con *l’aestimatio rei*, a entità giuridico-economica, da misurare secondo il metodo dell’*id quod interest*”.

legislatore, allora l'ostacolo all'ammissibilità del risarcimento del danno da perdita della vita non potrebbe darsi nell'assunta (esclusiva) funzione riparatoria dell'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c., bensì nell'assunta mancanza di un riferimento normativo specifico che ne ammetta la risarcibilità.

La sentenza Scalano, che precedentemente alle Sezioni Unite ne aveva ammesso la risarcibilità, non è chiara nella configurazione del danno di cui essa ammette il risarcimento. Non si comprende a fondo infatti se essa stia risarcendo un danno conseguenza ovvero un danno evento. Delle due l'una: o si ritiene che nel nostro sistema permanga la necessità della sussistenza di un danno conseguenza, ed allora la risarcibilità del danno tanatologico ne rappresenta un'eccezione, e dunque in ragione dell'importanza del bene leso, ossia il bene vita, ci si accontenta del danno evento, posto che un danno conseguenza potrebbe sussistere solo se il soggetto fosse rimasto in vita. Oppure si ritiene che la risarcibilità del danno tanatologico confermi la necessità della sussistenza del danno conseguenza, posto che anche in tale caso vi sarebbero entrambi i danni dal momento che la produzione dell'evento morte comporta il verificarsi di ogni e tutte le conseguenze negative.

Tale danno andrebbe infatti valutato *ex ante*: la morte impedirebbe al soggetto di avere qualsiasi conseguenza positiva. Di conseguenza non si comprende a fondo se per tale orientamento il risarcimento copra la perdita della vita, e dunque un danno evento, ovvero le conseguenze della morte, ossia un danno conseguenza.

La seconda pronuncia che si analizza esclude invece l'ammissibilità del c.d. *wrongful birth*, ossia esclude il diritto al risarcimento del danno per il soggetto che nasca affetto da una malformazione là dove il medico abbia omesso le informazioni che avrebbero permesso alla madre l'esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza. In tal caso ad avviso delle Sezioni Unite, non vi è danno ed esso non è ingiusto. Non sussiste in quanto postula, secondo la teoria differenziale, un confronto tra il patrimonio del soggetto in assenza di illecito e quello in presenza di esso. Tra la non vita e la nascita malformata, è sicuramente peggiore il non essere nato, posto che la vita non può essere considerata un danno. Il danno inoltre, ove lo si ammettesse, non sarebbe ingiusto, poiché che per il nostro sistema non esiste un diritto a non nascere se non sano, come meglio si esplicherà di seguito.

Tali nuovi approdi giurisprudenziali hanno reso necessario l'intervento della Cassazione al fine di valutare, sulla base di questa assunta natura polifunzionale della responsabilità civile, se siano allora ammissibili i danni punitivi nel nostro ordinamento,

con la conseguenza di dover procedere senza ostacoli alla delibazione nel territorio italiano di una sentenza straniera che li abbia riconosciuti, senza poter evocare il limite dell'ordine pubblico.

La Cassazione, con ordinanza 16 maggio 2016 n. 9978, ha richiesto alle Sezioni Unite di pronunciarsi sull'ammissibilità dei c.d. *punitive damages*, in particolare chiedendo che esse si pronuncino sulla riconoscibilità o meno delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi, posto che si paventa un possibile contrasto con l'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico ma "fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovra-ordinario rispetto alla legislazione".⁵¹⁸ Secondo l'ordinanza di rimessione, non si dovrebbe parlare in questi casi di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, e dunque si dovrebbe ammettere l'istituto nordamericano dei danni non risarcitori, aventi carattere punitivo.

Una contrarietà ad esso potrebbe esserci solo in astratto qualora il giudice accordi una liquidazione abnorme e sproporzionata rispetto ad una più corretta valutazione in concreto che tenga conto delle circostanze del caso di specie. Del resto, non vi è un principio costituzionale che imponga al nostro ordinamento di riconoscere unicamente una finalità riparatoria della responsabilità civile, ed è anche in dubbio, secondo l'ordinanza di rimessione, che si possa opporre un presunto contrasto con l'ordine pubblico. Si dovrebbe altrimenti dimostrare che la funzione del rimedio risarcitorio, attualmente configurato in termini esclusivamente riparatori – compensativi, assurga al rango di un valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento, rispetto al quale nemmeno il legislatore ordinario potrebbe derogarvi. Si tratta di compiere un giudizio simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendo predicarsi un contrasto con l'ordine pubblico solo qualora al legislatore

⁵¹⁸ SSUU, 5 luglio 2017 n. 16601 consacrano definitivamente l'ammissibilità dei danni punitivi nel nostro Paese, non ravvisando un contrasto con l'ordine pubblico. Di seguito il dispositivo: "Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico".

italiano sia precluso introdurre nell'ordinamento interno una norma analoga a quella straniera, che si porrebbe in contrasto con i valori costituzionali primari.

Ulteriore recente ipotesi di timida ammissione di una responsabilità con funzione preventivo – repressiva si è avuta in materia di danno ambientale, per effetto dell'operare del principio “chi inquina paga” per effetto della violazione del precetto di cui all'art. 2043 c.c.

Un'altra ipotesi di danno punitivo è quello derivante dall'abuso dei contratti di lavoro a tempo determinato da parte della pubblica amministrazione. Con la privatizzazione del pubblico impiego si tende a dare avvio ad un fenomeno di precarizzazione: l'amministrazione, nell'assumere personale, tende sempre di più a far ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, ciò pone un serio problema di compatibilità della normativa italiana, che permette tale tipo di assunzione, anche reiterata, rispetto all'accordo quadro CES, UNICE, CEEP allegato alla direttiva n. 1999 del 1970 CE (in particolare l'art. 5), il quale sancisce il divieto di abuso nella reiterazione del contratto a tempo determinato.

Prima di comprendere se la sanzione prevista dall'Unione Europea per questa pratica abusiva possa dirsi un danno punitivo, è necessario chiedersi se effettivamente possa dirsi “abusiva” la pratica di reiterare contratti a tempo determinato, anziché assumere mediante contratti a tempo indeterminato alle dipendenze della Pubblica amministrazione e quali conseguenze ne derivano sia per il lavoratore sia per l'amministrazione. Nell'affrontare entrambi i problemi Corte di Giustizia⁵¹⁹ e Cassazione italiana⁵²⁰ sono state impegnate in un lungo dibattito grazie al quale la prima ha individuato i principi applicabili al caso di specie, mentre la seconda, nell'applicarli, ha introdotto il concetto di *danno comunitario* che si configura come una sanzione *ex lege* per la violazione del diritto dell'Unione Europea.

Più nel dettaglio, la Corte di Giustizia è stata chiamata a valutare se una norma interna come quella italiana che consente non solo la stipula, ma altresì la reiterazione del contratto a termine alle dipendenze della p.a. sia da un lato compatibile con l'accordo quadro allegato alla direttiva, dall'altro l'applicabilità dell'accordo in

⁵¹⁹ Corte di Giustizia, causa C-50 del 12 dicembre 2013 causa Papalia.

⁵²⁰ Cass. Civ., 30 dicembre 2014, n. 27481 a cui si deve l'espressione “danno comunitario”, poi ripresa dalle Sezioni Unite quale sanzione *ex lege* ed in *re ipsa* a carico del datore di lavoro, liquidabile mediante il criterio indicato all'art. 8 L. 604 del 1966 che prevede l'indennità alternativa utilizzabile nel settore privato, non invece il criterio individuato dalle Sezioni Unite previsto dall'art. 32 L. 183 del 2010 né il criterio previsto all'art. 18 Statuto dei Lavoratori. Secondo le Sezioni Unite 15 marzo 2016 n. 5072, il dipendente, esclusa la possibilità di conversione del rapporto ha diritto al risarcimento del danno per l'illegittima precarizzazione nella misura e nei limiti di cui all'art. 32 co. V L. 183/2010.

questione al rapporto di pubblico impiego. Orbene, proprio in considerazione alla nozione generale ed omnicomprensiva di “lavoratore” contenuta nella stessa direttiva esso deve dirsi applicabile anche al rapporto di lavoro pubblico, essendo considerato tale sia il lavoratore pubblico che quello privato.

Ciò posto, la normativa comunitaria ha la funzione di limitare il ricorso alla successione di contratti a tempo determinato, poiché considera questa successione come un possibile abuso del contratto a termine, dal momento che produce come effetto la precarizzazione del rapporto di lavoro, in danno al lavoratore, venendo a configurarsi un illecito. Se questo è l’obiettivo dell’Unione Europea, e se dunque la pratica di reiterazione del contratto configura un abuso è necessario chiedersi quali siano gli strumenti di tutela del lavoratore, oltre che gli strumenti per attuare gli obiettivi europei. Questi non vengono individuati dall’accordo quadro ed esso non individua nemmeno le sanzioni per tali violazioni, ma si limita a disporre un obbligo sanzionatorio in capo agli stati, lasciandoli liberi di individuare la tipologia applicabile al caso di specie, nel rispetto di alcuni principi: quello di proporzionalità, dissuasività, efficacia ed effettività.

Ora, la norma italiana non prevede alcuna misura che limiti la durata massima di questi contratti, e del pari, non prevede alcun limite al numero di rinnovi, ma si limita ad autorizzare la p.a. alla stipula ed al rinnovo, senza alcun obbligo di giustificare lo stesso.⁵²¹ Di qui il primo punto di frizione con l’accordo quadro: la possibilità di reiterare un contratto a termine deve essere giustificata da ragioni obiettive, in caso contrario la pratica si pone in contrasto con il diritto UE. Se ciò è vero, la naturale conseguenza dovrebbe essere la sanzione a tale comportamento che sia proporzionata, efficace, effettiva e dissuasiva, secondo i principi unionali.

Di qui il problema di comprendere se la sanzione predisposta dall’ordinamento italiano per la reiterazione abusiva dei contratti a termine presenti tali caratteristiche o meno. È a questo punto che viene in rilievo la problematica dei danni punitivi posto che la Corte di Giustizia ritiene che l’unica sanzione che presenta tali caratteristiche è la conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto a tempo indeterminato.⁵²² In alternativa può essere previsto il risarcimento del danno, sempre

⁵²¹ Sul punto si veda F. BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia: analisi empiriche e proposte di policy*, in *Riv. it., pol. pubb.*, 2009, I, 33 e ss. e anche M. PEDACI, *Flessibilità del lavoro ed equilibri precari. La transazione al post-fordismo nelle storie di lavoratori parasubordinati*, Roma, 2010, 21 e ss.

⁵²² Cass. SSUU, 15 marzo 2016, n. 5072, la quale statuisce sul punto: “In sintesi, da una parte il divieto, per le pubbliche amministrazioni, di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato è rimasto come una costante più volte ribadita dal legislatore sicché non può predicarsi la

che lo stesso prescinda dalla prova, in deroga alle normali regole poste dall'art. 2043 c.c., di avere subito un danno da parte del lavoratore. Tale prova si risolverebbe infatti nella dimostrazione di un danno che si risolve nel dover dimostrare la perdita di un'occasione di lavoro alternativa migliore, il ché sarebbe una *probatio diabolica* per il lavoratore.

La Cassazione, con sentenza 30. Dicembre 2014 n. 27481 chiamata ad individuare la sanzione per questa pratica abusiva la individua mediante un'interpretazione comunitariamente conforme all'art. 36 co V del TUPI (D.lgs 165/2001) nel diritto al risarcimento del danno da parte del lavoratore.⁵²³ Tale sanzione può essere effettivamente comunitariamente conforme solo se dispensa il lavoratore dalla prova di avere subito un danno, in modo tale da essere effettivamente alternativa alla conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Ecco che si elabora il concetto di danno comunitario, dal quale deriva un risarcimento punitivo a carico della p.a. Esso rappresenta infatti una sanzione *ex lege* a carico della p.a. posto che prescinde dal danno effettivamente subito dal lavoratore.

Ne deriva la considerazione che un simile sistema evochi una prospettiva sanzionatoria piuttosto che realmente vittimologica, posto che se da un lato si va certamente a sanzionare la p.a. per la pratica abusiva, dall'altro si riconosce un risarcimento per il lavoratore a prescindere dal fatto che abbia realmente subito un

conversione del rapporto quale “sanzione” dell’illegittima apposizione del termine al rapporto di lavoro o comunque dell’illegittimo ricorso a tale fattispecie contrattuale. D’altra parte, il rispetto della normativa sul contratto di lavoro a tempo determinato è risultato essere presidiato – oltre che dall’obbligo di risarcimento del danno in favore del dipendente – anche da disposizioni di contorno che fanno perno soprattutto sulla responsabilità, anche patrimoniale, del dirigente cui sia ascrivibile l’illegittimo ricorso al contratto a termine. Sicché può dirsi che l’ordinamento giuridico prevede, nel complesso, “misure energiche” (come richiesto dalla Corte di giustizia, sentenza 26 novembre 2014. C-22/13 ss., Mascolo). fortemente dissuasive, per contrastare l’illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato; ciò assicura la piena compatibilità comunitaria, sotto tale profilo, della disciplina nazionale.

⁵²³ L’art. 36 TUPI così statuisce “Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall’articolo 35. Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge. [...] In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l’obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. [...].

danno. Egli infatti non dovrà fornire alcuna prova di avere subito un danno - che si presume in quanto *in re ipsa* - ma dovrà limitarsi a dimostrare l'abuso dato dalla reiterazione del contratto a termine, di qui la natura tipicamente sanzionatoria della responsabilità. Tuttavia, è necessario considerare che rimane aperta la possibilità di prova contraria da parte della p.a. circa l'insussistenza di un danno in capo al lavoratore, in modo tale da sottrarsi all'obbligazione "risarcitoria".

A ben vedere dunque, se in un primo momento la prospettiva sembra essere unicamente sanzionatoria, attraverso questa inversione dell'onere della prova si ha un ribaltamento di prospettiva, ossia si riporta il sistema ad una dimensione riparatoria - vittimologica, posto che se la p.a. è in grado di dimostrare che il lavoratore non ha subito alcun danno, vincendo la presunzione *ex lege*, esso si vedrà eliso il risarcimento.

Ecco che, a rigore, solo per certi versi si potrebbe parlare in questo caso di un reale danno punitivo, che rientra nel concetto di nuovo conio elaborato dalla Cassazione per mascherare questa tipologia di danni formalmente non ammessa, ma sostanzialmente reiterata nel nostro ordinamento, di *danno comunitario*.

Ora, posto che l'analisi che si sta conducendo muove dal legame tra la funzione della responsabilità civile e l'incidenza della solidarietà di cui all'art. 2 Cost., viene da chiedersi quale sia, nel caso di specie, il legame tra la problematica analizzata e il principio solidaristico. Tale legame lo si coglie proprio al momento di quantificare il danno che il lavoratore vedrà riconosciuto a prescindere dalla sua prova.⁵²⁴

La Cassazione infatti, al fine di predisporre una sanzione che sia conforme ai principi unionali, applica il principio di proporzionalità: il risarcimento del danno deve essere proporzionato all'illecito, ossia all'abuso, ed i parametri da utilizzare sono molteplici. Anzitutto si deve avere riguardo al numero dei contratti a tempo determinato: più sono i contratti che si susseguono, maggiore è l'abuso.

Del pari, minore è l'intervallo di tempo tra una reiterazione e l'altra, maggiore è l'abuso. Si ha riguardo poi alla durata dei singoli contratti nonché alla durata complessiva, maggiore è la durata, maggiore è l'abuso. Tutti questi parametri dovrebbero servire a dare effettivamente attuazione alla proporzionalità. Il secondo criterio di quantificazione è la solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. essa infatti impone correttezza e buona fede nell'istaurazione ed esecuzione di un rapporto contrattuale. Ciò significa che ogni contraente, nel soddisfare i propri interessi con il

⁵²⁴ A. GABRIELE, in BELLAVISTA, GARILLI, MARINELLI (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008 n. 133. Privato e pubblico a confronto*, Torino, 2009, 152.

contratto, deve tenere in considerazione l'interesse di controparte, nel caso di specie del lavoratore. La violazione del principio di reciprocità sociale costituisce una condotta abusiva.

Il terzo parametro è la L. 604/1966 sul licenziamento individuale. Essa implica che se il risarcimento del danno è una sanzione alternativa alla conversione del contratto allora essa non può che risolversi in una misura sanzionatoria, posto che anziché convertire il contratto, risarcisco il lavoratore, al di là della sussistenza di un nesso tra obbligazione risarcitoria e danno subito.⁵²⁵

Orbene, le considerazioni appena svolte in merito alla reiterazione dei contratti a termine se certo fuoriescono dall'ambito dell'analisi del sistema della responsabilità aquiliana, posto che si riferiscono ad un rapporto contrattuale, per altro verso sono necessarie per evidenziare che, in tema di danni punitivi, essi sono tutt'altro che estranei al nostro ordinamento, e, parimenti, essi devono dirsi ammessi tutte le volte che la quantificazione che li caratterizza, proprio in quanto "punitivi" e dunque disancorati da un effettivo pregiudizio, ed ancorati invece alla necessità di punire chi li ha commessi, deve essere fatta in modo equo. In tutti questi casi, l'equità deve porsi alla base della quantificazione.

Un'ulteriore, importante considerazione è che se si ammettono forme di *punitive damages* nel nostro ordinamento, bisogna accettare l'idea di scardinare il tradizionale sistema della responsabilità, il quale postula, anche per il più importante dei danni alla persona, (la salute) la necessaria presenza di un danno conseguenza. Quando infatti si parla di danno punitivo, o di "danno comunitario" il risarcimento prescinde da un effettivo pregiudizio subito dal soggetto, dal momento che è tutto volto a sanzionare la vittima per una condotta illecita (danno evento) posta in essere.

Alla luce di quanto emerso, soprattutto alla luce delle considerazioni svolte in merito al danno tanatologico, si pone l'esigenza di ripensare alla funzione compensativa del danno in favore di una funzione punitiva, solo così la pronuncia delle Sezioni Unite

⁵²⁵ In particolare, per la quantificazione del danno, la Cass. 30 dicembre 2014 n. 27481, ritiene che il giudice possa utilizzare il parametro dell'art. 8 L. 604/1966 che così statuisce: Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento [...] il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro [...] o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso fra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro".

- certo corretta dato l'attuale sistema della responsabilità civile - può essere ribaltata. Ciò vale per gran parte dei danni che sono stati classificati come "punitivi" e per ciò solo esclusi da una tutela risarcitoria.⁵²⁶

Se certo è vero che la funzione della responsabilità civile in quanto riparatoria - risarcitoria è di ostacolo all'ingresso nel nostro ordinamento ai danni punitivi caratterizzati per l'appunto da una funzione sanzionatoria, è parimenti vero che, data l'emersione di nuovi valori costituzionali e di nuove forme di danno, valga tra tutti quello tanatologico, si pone l'esigenza di ripensare alla funzione stessa della responsabilità civile.⁵²⁷

Un sistema come il nostro, incentrato sulla persona, ed incardinato sui diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., non può e non deve lasciare privo di risposta sanzionatoria il più grave dei danni, quello che colpisce la vita stessa dell'uomo, non semplicemente la sua salute, azzerando non solo parte del suo patrimonio, anche biologico, bensì la totalità della sua persona in seguito all'evento morte. La pronuncia delle Sezioni Unite muove infatti da un assunto semplice: il nostro sistema non permette il risarcimento del danno in sé, anche se il più grave, se non è seguito da una conseguenza dannosa di tipo economico o non economico. Ancorché vi sia un evento di reato penalmente sanzionato solo a condizione che si riescano a dimostrare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie penale, compreso l'elemento soggettivo, molto spesso di difficile prova a carico dell'accusa, può non esserci un danno civile passibile di essere risarcito.

L'equazione è dunque semplice: se il nostro sistema presuppone un danno conseguenza, allora esso postula la sopravvivenza di chi subisce il danno per avere un patrimonio sul quale valutare l'incidenza degli effetti dannosi della condotta illecita. Ne deriva che se e solo se il soggetto sopravvive può essere risarcito. Di talché, se la morte è immediata, non sussiste alcun patrimonio sul quale valutare il danno, non può dirsi esistente un danno conseguenza posto che il soggetto viene azzerato assieme al suo patrimonio contestualmente all'evento dannoso.⁵²⁸

⁵²⁶ Sulla funzione solidaristica nella riparazione del danno non patrimoniale, si veda C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 307; Id., voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1099; E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 500 e ss.

⁵²⁷ U. IZZO, *Macroeconomia e funzioni della responsabilità civile nella commisurazione del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, v. 15, 2011, 120-130.

⁵²⁸ Più in generale, su fattispecie di responsabilità riconducibili ad una funzione sanzionatoria del risarcimento, A. RICCIO, *I danni punitivi sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno*, in *Contr. impresa*, 2009, 854. Sulla funzione anche deterrente (oltre a quella compensativa) della riparazione

Ne deriva che la morte immediata paradossalmente non può essere considerata un danno, ma semplicemente un evento drammatico, mentre invece la lesione della salute, meno grave rispetto all'evento morte, può godere di una "piena" tutela risarcitoria. Ciò posto è bene chiarire che il diritto alla vita non è la massima lesione del diritto alla salute, essi sono due danni diversi: il diritto alla salute presuppone la sopravvivenza dell'uomo, mentre quello alla vita il venir meno di esso. Ne deriva che la mancanza del soggetto cui riferire la perdita e cui attribuire il diritto di credito, esclude la risarcibilità del danno.

Ecco perché è necessario ripensare alla funzione compensativa del danno, perché altrimenti il sistema rimarrebbe iniquo. Esso, date le considerazioni svolte, può portare a pensare che sia più conveniente uccidere che ferire, posto che nel primo caso azzerando completamente il soggetto, l'insussistenza di un danno conseguenza esclude ogni obbligazione risarcitoria; in tal modo si lascerebbe privo di tutela il diritto assoluto ed inviolabile a vivere. Il diritto dovrebbe trovare allora soluzioni che consentano di soddisfare il comune sentire sociale, in conformità alla CEDU ed ai principi dell'Unione Europea.

Viene dunque da chiedersi come conciliare l'art. 2 Cost. che certo ricomprende tra i diritti inviolabili quello alla vita, con la totale assenza di tutela per il più importante di essi. Se poi si considera che innanzi a tale tipo di danno l'unica tutela è quella penale, esso potrebbe rimanere privo di qualsiasi risposta sanzionatoria ove non si riuscisse a dimostrare, come detto, la totalità degli elementi costitutivi della fattispecie penale, con la paradossale conseguenza che il danneggiante non verrebbe sanzionato, il danneggiato non troverebbe alcun ristoro, e per lui i suoi cari ancora in vita.

Analizzate quindi le fattispecie più problematiche, ci si chiede a questo punto se il giudice possa condannare al risarcimento del danno punitivo, passando così al secondo livello di analisi.

Ora, l'orientamento maggioritario esclude il potere del giudice di emettere una sentenza di condanna al danno punitivo per due ordini di ragione: da un lato la funzione riparatoria dell'art. 2043 c.c. che per tale orientamento è incompatibile con una funzione anche sanzionatoria, dall'altro, sulla base del dato normativo che guida il giudice nella quantificazione del danno, il quale sottendendo l'art. 1223 c.c. testimonia un criterio compensativo. Tutto ciò però, a ben vedere, vale di regola. Vi sono infatti delle ipotesi

del danno non patrimoniale, si veda tra gli altri, P. CENDON, *Responsabilità per dolo e prevenzione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 4.

tipiche in cui esso è legittimato, per espressa previsione normativa, a condannare al risarcimento di un danno punitivo con funzione sanzionatoria.⁵²⁹ Si consideri a tal proposito l'art. 96 c.p.c. o ancora, il reato di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato di cui all'art. 187 *undecies* del D.lgs 58/1998, ossia il TUF.⁵³⁰

Un'ipotesi di responsabilità civile con funzione sanzionatoria è rappresentata anche dalle *astreintes*, ossia le penalità di mora, che consente al giudice di condannare la parte che non adempie al suo disposto, mediante l'obbligo di corrispondere all'altra una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempire. Ecco che *ex ante*, cioè prima dell'inadempimento essa ha una funzione di coercizione indiretta, ossia dovrebbe indurre all'adempimento, *ex post*, assolve invece ad una diversa funzione, che è sanzionatoria, posto che va a sanzionare la disobbedienza all'ordine del giudice, a prescindere dalla sussistenza di un danno.

Lo stesso art. 8 della Legge sul ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali (D.lgs 213/2012) prevede l'applicazione di una penalità in caso di mancato rispetto degli obblighi imposti dalla sentenza che ha accertato l'iniquità della clausola contrattuale. Essa rappresenta per ciò solo una sanzione, a prescindere dalla prova di avere subito un danno.

Al di fuori di queste ipotesi tipiche però, il giudice non può condannare al risarcimento di danni punitivi perché vi osta lo stesso sistema di quantificazione basato sull'art. 1223 c.c., eminentemente riparatorio. Ciò non toglie però che il legislatore possa prevedere forme di danno punitivo, con il ricorrente interrogativo di fondo che ha mosso sin d'ora l'analisi, ossia la necessità di capire se esse siano compatibili con l'impianto della responsabilità civile.

Per uscire dall'*impasse* è dunque necessario chiedersi se sia corretto attribuire all'illecito civile sempre e *solo* una funzione riparatoria, e considerare invece che essa può variare tra danno patrimoniale e non patrimoniale. Ciò non significa necessariamente rendere l'equazione funzione sanzionatoria della responsabilità civile uguale ammissibilità dei danni punitivi, ma semmai considerare che talvolta la

⁵²⁹ Del resto, autorevole dottrina ammette che la funzione della responsabilità civile possa essere in parte anche sanzionatoria, si vedano sul punto P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 119 ss.; S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *Resp. civ.*, 2009, 165 ss. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 19; S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 595 ss.

⁵³⁰ G. GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 434 e ss.

responsabilità civile può assumere una funzione di *deterrence* non solo riparatoria – compensativa⁵³¹.

Del resto, a ben vedere, la duplicità potenziale di funzioni, riparatoria e sanzionatoria, è insita nello stesso art. 2043 c.c. ossia nel concetto di “danno ingiusto”: se infatti esso è un fatto *non iure* ed un danno *contra ius*, allora è chiaro che racchiude in sé entrambe le funzioni. Quando infatti si parla di danno *contra ius* si fa riferimento alla lesione della sfera giuridica altrui, e dunque si ha riguardo a quella del danneggiato, che va riparato.

Quando invece si parla di fatto *non iure*, si fa riferimento alla condotta del danneggiante, che va repressa in quanto non autorizzata dall’ordinamento. Ecco che a non essere autorizzato non è il danno, ma il fatto, di qui l’unità: il danno *contra ius* è causato da un fatto *non iure*. In altre parole, il concetto di danno *contra ius* qualifica di anti-giuridicità sia la lesione sia le conseguenze del fatto dannoso. Se infatti il fatto fosse autorizzato dall’ordinamento, sarebbe un fatto lecito, ciò nondimeno potrebbe cagionare comunque una lesione alla sfera giuridica altrui, ma in tal caso non si configura una responsabilità *ex art. 2043 c.c.*, bensì una responsabilità da fatto lecito dannoso che vede quale conseguenza di essa un indennizzo non già un risarcimento. La giustificazione di ciò, e in questo si coglie la differenza tra l’art. 2043 c.c. e l’art. 2041 c.c. (fatto lecito dannoso) sta nell’elemento soggettivo del dolo e della colpa, presente nella responsabilità aquiliana, assente nell’arricchimento senza causa. È proprio tale assenza che giustifica una risposta più blanda dell’ordinamento, che impone al danneggiante di indennizzare il danneggiato, non già di risarcirlo.

Ecco che allora il concetto di danno ingiusto fa riferimento ad entrambe le sfere: quella del danneggiante e quella del danneggiato posto che si considerano sia gli effetti negativi della condotta sulla sfera del danneggiato, sia l’anti-giuridicità del fatto. Emerge di conseguenza il concetto di “illecito civile” per contrapporlo appunto al fatto “lecito” dannoso. In presenza del primo, il risarcimento del danno rappresenta la reazione ad esso, cioè una forma di “sanzione civile”.

Del resto, è la stessa funzione del risarcimento che rileva la natura anfibia della dell’art. 2043 c.c.: il risarcimento del danno infatti, nella prospettiva del danneggiato è

⁵³¹ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, 318 e ss.; Sul punto si veda anche autorevole dottrina: F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 909 e ss.; WELLS, *A Common Lawyer’s Perspective on the European Perspective on Punitive Damages*, in *La. L. Rev.*, 557 ss.; OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, in *39 Vill. L. Rev.*, 1994, 368 ss.

volto a ripararlo del danno subito,⁵³² nella prospettiva del danneggiante è chiaramente volto a sanzionarlo imponendogli l'obbligazione risarcitoria proprio al fine di traslare il costo economico del danno dal danneggiato che lo ha subito, al danneggiante che lo ha causato, e che per ciò merita di essere sanzionato. Nel 2041 c.c. dove il fatto non è doloso o colposo non vi è una necessità sanzionatoria, e l'indennizzo risponde ad una funzione equitativa, di giustizia distributiva, infatti il danneggiante risponde nei limiti dell'arricchimento. Nell'art. 2043 c.c. questi risponde integralmente in virtù del principio di integrale riparazione del danno, anche se supera il suo arricchimento: vi è la necessità dunque non solo di ristabilire l'equilibrio rotto, ma altresì di sanzionare.⁵³³

È pertanto chiaro che la funzione riparatoria convive con la funzione sanzionatoria. La bontà di tale argomentazione è confermata dall'art. 1173 c.c. in materia di fonti delle obbligazioni, le quali per espressa previsione normativa sono il contratto, "ogni altro atto o fatto" ed altresì il "fatto illecito". Quando il legislatore parla di "fatto illecito" sta evidentemente facendo riferimento all'illecito civile, che in quanto tale, va represso. Si sono infatti viste in precedenza, a proposito del Codice della Proprietà intellettuale una serie di ipotesi di "arricchimento da fatto illecito" che, mosse certo dalla necessità di sanzionare la condotta del danneggiante, rischiano di creare il c.d. fenomeno di "sovra-compensazione" posto che il criterio di quantificazione guarda in questi casi alla sfera del danneggiante con conseguente attribuzione al danneggiato di una somma di denaro superiore al danno patito ovvero pur in assenza di esso.

Se certo ciò porterà piano piano all'ingresso esplicito anche nel nostro sistema dei danni punitivi, allo stato timidamente "nascosti" in puntuali previsioni normative, parimenti è vero che questo non può essere da sé l'ostacolo per negare una tutela ai più importanti diritti inviolabili. Solo il danno eliminabile economicamente infatti può avere

⁵³² A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 169: "Tutto dunque induce a ritenere che il meccanismo di tutela sia tale da garantire a sufficienza la libertà e la proprietà dei soggetti contro i quali si applicano le misure di tutela. La filosofia che ispira il risarcimento è di perpetuare e riaffermare, anche sul terreno della tutela, e cioè in situazioni di "ordine infranto", le regole dello "scambio di equivalenti", ove i "soggetti" e gli "oggetti" sono espressione di "astratti valori" (di scambio). Il vigore di questa filosofia si accompagna alla sempre persistente attualità di regole (di tutela) finalizzate alla riparazione dei danni".

⁵³³ Le funzioni del risarcimento del danno possono essere molteplici, oltre a quella risarcitoria, vi è quella solidaristica, C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5 e ss.; A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?* in *Corriere giur.*, 2009, 410 e ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 e ss., con nota di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite* e di M. DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente* sanzionatoria, compensativa, e preventiva – deterrente (M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 652 e ss.; E. NAVARRETTA, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 3 e ss.; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 126 e ss.).

una funzione eminentemente compensativa, secondo quanto postulato dalla teoria differenziale che quantifica il danno sulla base del saldo differenziale tra le condizioni del patrimonio *pre* e *post* l'illecito. Ma tale teoria e tale funzione può essere la sola ed unica esistente solo con riferimento ai danni patrimoniali, solo essi infatti sono quantificabili ed eliminabili con una posta economica identica a quella venuta meno in modo tale da ripristinare il patrimonio allo stato in cui esattamente si trovava.

Ma, come visto, è difficile sostenere che il dolore sia effettivamente riparabile mediante il denaro. È allora necessariamente una *fictio* il sostenere la possibilità nonché l'unicità della funzione riparatoria. Ecco che tale funzione può effettivamente operare per i soli danni eliminabili davvero mediante il denaro. Per i diritti fondamentali, a ben vedere, il fine del risarcimento non può essere riparatorio, salvo considerare che il dolore per la perdita di un arto possa davvero sparire per effetto di un'elargizione di denaro. Se dunque la funzione non è realmente riparatoria, non c'è alcun bisogno di una conseguenza da riparare, e dunque di un danno conseguenza. Di qui l'ammissibilità di una funzione sanzionatoria – punitiva per la responsabilità civile.⁵³⁴ Ne deriva che per il danno non patrimoniale a rilevare non è la perdita prodotta (ossia la conseguenza dannosa) bensì l'offesa in sé, ossia la sottrazione alla persona del suo diritto fondamentale.

Si potrebbe allora arrivare a sostenere che in tal modo si vengono a creare due danni diversi: il danno non patrimoniale, per il quale è sufficiente il danno evento, ed il danno patrimoniale che abbisogna invece del danno conseguenza, ciò contraddirebbe l'unicità del danno sottesa all'art. 2043 c.c. il quale parlando di “danno ingiusto” farebbe riferimento ad un'unica categoria di danno, ricomprensivo tanto quello patrimoniale quanto quello non patrimoniale, di talché sarebbe sempre necessario un danno conseguenza.⁵³⁵

Tuttavia, è necessario considerare che non è affatto vero che la nostra normativa sulla responsabilità civile è caratterizzata da un solo tipo di danno, piuttosto il concetto di danno è variabile, e dipende dal risarcimento. Si consideri infatti che il danno

⁵³⁴ Si veda in particolare autorevole dottrina, F. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano 1985; P. CENDON, *Pena privata e responsabilità civile*, in *Id.* (a cura di), *La responsabilità civile*, Milano 1988, 257 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979, 229 ss.

⁵³⁵ Del resto è pacificamente confermato dalla giurisprudenza pressoché granitica, la quale così si esprime: “per giurisprudenza ormai pressoché pacifica, anche quando venga accertato che il danno alla persona sia stato determinato “dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come nel caso di lesione al diritto alla reputazione”, tale pregiudizio “non è *in re ipsa*, ma costituisce un danno conseguenza, che deve essere allegato e provato da chi ne domandi il risarcimento”. (Cass., Sez. III, 12 giugno 2015, n. 12225, in *Dir. e Giust.* 2015, 15 giugno).

risarcibile per equivalente è diverso da quello in forma specifica (in natura). Mentre per il primo è necessaria una conseguenza dannosa per ristorare (ecco perché l'obbligazione risarcitoria ha funzione riparatoria), il secondo, il danno in natura, si caratterizza invece per una funzione più latamente reintegratoria e ripristinatoria della situazione di fatto, di talché per eliminare le modifiche fisiche dell'illecito ai fini della reintegrazione non è necessario che ci sia un danno conseguenza, bensì è sufficiente un danno evento. Ecco dunque che è inevitabile che il danno cambi a seconda del rimedio previsto, di conseguenza anche il danno di cui all'art. 2059 c.c. è diverso dal danno di cui all'art. 2043 c.c.

Se dunque il danno da lesione ai diritti della persona non è riparabile allora il risarcimento non si pone il fine di riparare l'irreparabile, ma piuttosto di punire il responsabile e di conseguenza non può che avere un fine sanzionatorio.

Ecco allora che il problema non è tanto l'ammissibilità del danno punitivo, che per quanto detto è implicitamente insita nel nostro sistema, bensì la quantificazione di tale tipo di danno, che deve essere equa. Non è infatti accettabile una quantificazione eccessiva, posto che altrimenti si finirebbe con il ledere eccessivamente il danneggiante, bensì è necessaria una quantificazione che tenga conto della commisurazione del danno alla gravità della lesione anche a prescindere dalle conseguenze, a patto che essa sia appunto equa.⁵³⁶

La stessa Relazione del Guardasigilli a proposito dell'art. 2059 c.c. evidenzia una chiara funzione sanzionatoria del danno non patrimoniale.⁵³⁷ Se tuttavia si volesse continuare a sostenere l'unicità della funzione riparatoria anche per il danno non patrimoniale, e dunque la necessaria presenza di un danno conseguenza, questa soluzione può essere applicata ai danni non patrimoniali "normali", ma almeno per il danno tanatologico si deve rinunciare ad esso, accontentandosi del solo danno evento. Si

⁵³⁶ A proposito del requisito della "gravità della lesione" ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale si veda S. THOBANI, *Trattamento illecito di dati personali – Invio di comunicazioni indesiderate: il risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2017, 7, 1537, secondo l'A.: "La Corte afferma che, anche se la risarcibilità del danno non patrimoniale è prevista dalla legge, è in ogni caso necessario accertare la gravità della lesione. Occorre analizzare il significato di tale requisito. Come già accennato, secondo la giurisprudenza di legittimità la gravità della lesione è da escludersi in caso di pregiudizio futile e non serio". [...] Qualora invece, come nel caso dell'art. 15 del Codice della privacy, sia il legislatore ordinario ad affermare la risarcibilità del danno non patrimoniale, subordinandola alla violazione di regole di condotta, allora la gravità della lesione è rapportata non alla futilità dell'interesse protetto, ma alla sussistenza di una sensibile offesa alla portata effettiva della norma. Se, infatti, la selezione dei danni risarcibili dipende non dalla violazione di un interesse protetto, ma dal mancato rispetto di norme di condotta, anche la gravità della lesione non potrà che essere riferita alla norma violata (e non direttamente all'interesse leso).

⁵³⁷ Relazione del Guardasigilli n. 803.

badi che la sussistenza del danno conseguenza è necessaria solo per quei tipi di danni rispetto ai quali il soggetto sopravvive all'evento in modo tale da capire e quantificare le conseguenze dannose per il patrimonio del soggetto. Ma se questi viene meno per effetto dell'illecito, qui *tutte* le conseguenze sono state prodotte, non serve capire *quali*.

Da tutto quanto detto ne deriva che, in via di principio la funzione riparatoria tipica della responsabilità civile ha portato ad una limitazione, se non in alcuni casi (danno tanatologico) ad una vera e propria elisione della tutela risarcitoria. Tale tendenza inversa del sistema se può essere accettata per talune tipologie di danni, più difficile risulta dividerla in tutti i casi in cui la violazione dei diritti inviolabili rischia di rimanere priva di qualsiasi tutela. In questi casi si dovrebbe arrivare ad ammettere una risposta, ancorché sanzionatoria, del nostro sistema.⁵³⁸

Le pregresse considerazioni sono dunque poste alla base dell'accennata ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite.⁵³⁹ Si è visto infatti che la funzione riparatoria non è efficiente ed efficace nel caso in cui il fatto illecito genera per il danneggiante un arricchimento, ossia l'arricchimento da fatto illecito, come accade nell'accennato art. 125 del Codice della Proprietà Industriale.⁵⁴⁰ Per converso può accadere che con

⁵³⁸ La stessa Corte Costituzionale si è più volte espressa nel riconoscere accanto alla funzione riparatoria, una funzione preventivo – sanzionatoria della stessa. Si confronti *ex plurimis* Corte Cost. 184/1986, secondo la quale “Certo, ritenere che la responsabilità civile abbia carattere esclusivamente o prevalentemente sanzionatorio sarebbe oggi infondato oltreché antistorico. Ma dopo l'attenta lettura della precitata relazione ministeriale al codice civile é impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche ed almeno in parte, ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato. Accanto alla responsabilità penale (anzi, forse meglio, insieme ed "ulteriormente" alla pena pubblica) la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori. Né può essere vietato al legislatore ordinario, ai fini ora indicati, prescrivere, anche a parità di effetto dannoso (danno morale subiettivo) il risarcimento soltanto in relazione a fatti illeciti particolarmente qualificati e, più di altri, da prevenire ed ulteriormente sanzionare. E per giungere a queste conclusioni non é neppur necessario aderire alla tesi che sostiene la natura di pena privata del risarcimento del danno non patrimoniale, essendo sufficiente sottolineare la non arbitrarietà d'una scelta discrezionalmente operata, nei casi più gravi, d'un particolare rafforzamento, attraverso la riparazione dei danni non patrimoniali, del carattere preventivo e sanzionatorio della responsabilità penale”.

⁵³⁹ Risolta poi dall'intervento delle Sezioni Unite del 5 luglio 2017, n. 16601, le quali hanno dato definitivamente il placito all'ammissibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento, osservando come a fianco alla “preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria” si riconosce ad essa una “natura polifunzionale che si proietta verso più aree”, tra cui le principali sono quella preventiva e quella sanzionatorio-punitiva: l'istituto dei risarcimenti punitivi “non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano”.

⁵⁴⁰ Il quale espressamente statuisce che: “1. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione. 2. La sentenza che provvede sul

l'intento di sanzionare l'autore della condotta si finisca per "arricchire" il danneggiato e dunque causare la già accennata "sovra-compensazione".⁵⁴¹

Per le stesse ragioni esposte, passando al terzo livello di analisi, l'orientamento maggioritario esclude la riconoscibilità nel nostro ordinamento delle sentenze straniere di condanna al risarcimento del danno punitivo. Vi osterebbe la funzione eminentemente riparatoria della responsabilità civile, *ex art. 2043 c.c.* Inoltre, se dal passaggio dal Codice del 1865 al Codice vigente vi è il passaggio dal fatto ingiusto al danno ingiusto, la responsabilità aquiliana non può che essere solo riparatoria, e la funzione riparatoria sarebbe un principio di ordine pubblico. Se così è, essa costituisce una valutazione che il giudice è tenuto a compiere secondo le norme di diritto internazionale privato quando si trova innanzi alla necessità di valutare se la sentenza straniera possa trovare riconoscimento in Italia, posto che qualora sia contraria all'ordine pubblico non può farvi ingresso. A ciò si aggiunga il problema dell'"*overcompensation*". Di qui l'impossibilità per il giudice di riconoscere in Italia sentenze straniere di condanna al risarcimento di danni punitivi.

Al maggioritario orientamento se ne contrappone uno di minoritario il quale invece ammette tale possibilità. In primo luogo, per la doppia funzione (sanzionatoria e riparatoria) sottesa allo stesso art. 2043 c.c. In secondo luogo, si osserva che la funzione sanzionatoria è prevalente in numerose fattispecie introdotte dal legislatore, di conseguenza l'ordinamento non solo non manifesta contrarietà al risarcimento del danno con funzione punitiva ma prevede esso stesso queste forme di responsabilità ancorché vadano a produrre il fenomeno di sovra-compensazione. Non si può allora coerentemente affermare un principio di ordine pubblico che impedisca il riconoscimento delle sentenze straniere. Anche perché il concetto di ordine pubblico che per le norme di diritto internazionale va adottato nel vaglio circa il riconoscimento di una sentenza straniera è quello di "ordine pubblico internazionale" non già nazionale. In altre parole, per trovare riconoscimento in Italia, la sentenza straniera non deve porsi in

risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso. 3. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento".

⁵⁴¹ Il problema della sovracompensazione per il danneggiato non è nuovo in dottrina, autorevole dottrina lo ravvisa chiaramente r. Pardolesi, *Crediti previdenziali, tutela "differenziata" e "punitive damages"*, in *Foro it.*, 1991, I, 1321, ed anche Sul concetto di "over-compensation" v. G. Ponzanelli, in *"La responsabilità civile: profili di diritto comparato"*, Milano, 1993.

contrasto con i principi che informano la struttura economica e sociale degli ordinamenti esteri, non già di quello italiano.

Di conseguenza, analizzati gli ordinamenti di common law dove i c.d. *punitive damages* sono pienamente legittimi, in quanto proprio in questi ordinamenti hanno trovato la loro origine, considerati altresì gli ordinamenti di civil law più vicini al nostro (Francia,⁵⁴² come si vedrà a breve, Germania⁵⁴³ e Spagna⁵⁴⁴) che hanno ammesso, per mezzo delle Corti di ultima istanza, i danni punitivi, non se ne può predicare la contrarietà degli stessi all'ordine pubblico internazionale. Di qui la conseguente necessità di riconoscere le sentenze straniere di condanna al risarcimento del danno con funzione sanzionatoria.⁵⁴⁵

Del resto, gli sviluppi anche più recenti del legislatore, non solo quindi della giurisprudenza, stanno creando sempre più frequenti ipotesi legali di tal fatta. Si consideri ad esempio gli stessi Decreti 7 ed 8 del 2016 i quali prevedono, accanto al risarcimento del danno in ipotesi di reato, anche una sanzione pecuniaria civile per la parte civile. Il Decreto 7, in particolare, nell'abrogare alcuni reati quali ad esempio l'ingiuria, la falsa scrittura privata, prevede, all'art. 3, che quegli stessi fatti, pur non essendo più previsti come reato, se dolosi sono causa dell'applicazione di una "sanzione pecuniaria civile".⁵⁴⁶

È chiaro dunque che in tal caso, pur essendo venuta meno la responsabilità penale, per il fatto stesso di aggiungersi ad essa, la responsabilità civile ha natura eminentemente sanzionatoria posto che, nonostante l'abrogazione del reato, oltre alla previsione del risarcimento del danno, tipicamente civile - in funzione riparatoria - si

⁵⁴² In Francia, *Schlenzka & Langhorne v. Fountaine Pajot S.A.*, Cass. 1° dicembre 2010, *Fountaine Pajot*, n. 09-13303 in *Recueil Dalloz*, 6, 10 février 2011, 423 ss., con nota di F.X. Licari, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe-l'œil de la Cour de Cassation?* in *JDI*, 137, 2010, 1230 ss.

⁵⁴³ GRUNSKY, *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, in BUSNELLI, SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1985, 368; Id., *sub § 253 BGB*, in *Münchener Kommentar*, Band 2, München, 1994, 488 ss.

⁵⁴⁴ PANTALEON, *Como repensar la responsabilidad*, 443, M. MARTIN CASALS, *Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la Lo 1/1982*, in *Asociación de Profesores de Derecho civil*, Centenario del Código Civil II, (1990), 1246.

⁵⁴⁵ SSUU, 5 luglio 2017, n. 16601, la quale ha riconosciuto tre sentenze americane (2008, 2009, 2010) con le quali i giudici della Florida riconoscevano i danni punitivi ad un motociclista che aveva subito un incidente.

⁵⁴⁶ N. SCIARRATTA, *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile*, in *Dir. civ. cont.*, 7 luglio 2015, F. QUARTA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Napoli, 2010, 142 e ss., contra G. PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, in *Danno e resp.*, 2009, 94 ss; Id., *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, in *Foro it.*, 1996, II, 421 e ss.

condanna il colpevole del fatto depenalizzato ad un'ulteriore sanzione civile. Vi è sottesa l'esigenza di colpire la riprovevolezza del comportamento del danneggiante ancorché tale intento sia nella disponibilità della parte.

Si consideri infatti la *ratio* sottesa alla depenalizzazione di taluni reati, essa è rappresentata dal fatto che in certi casi, coinvolgendo essi interessi privati anziché pubblici, ben possono essere sottratti dalla sfera penalistica ed essere per così dire restituiti a quella privatistica. Ciò è confermato dal regime di procedibilità a querela, ossia quel regime che da origine all'azione penale per volontà non già della pubblica accusa, la quale persegue interessi pubblici, bensì per effetto della sola volontà privata che proponendo denuncia querela, attiva dapprima il procedimento, ed eventualmente poi il processo penale mediante l'esercizio dell'azione da parte del PM. Ecco che in questi casi il diritto penale arretra per restituire la funzione sanzionatoria sua tipica al diritto civile, che dunque l'accoglie espressamente. Peraltro, per espressa previsione normativa, sarà il giudice penale, nell'ottica di economia dei mezzi processuali che, qualora il processo già penda innanzi al giudice penale al sopraggiungere di tale normativa, potrà pronunciarsi anche sulla sanzione civile. È pertanto il giudice per eccellenza deputato all'applicazione della sanzione ed alla finalità sanzionatoria penale che provvederà anche alla corrispondente sanzione civile.

5.3. La comparazione: la funzione della responsabilità civile in Francia e la questione dell'ammissibilità dei c.d. "danni punitivi".

Se per un verso il panorama francese si caratterizza per una sorta di tendenza espansiva verso la tutela risarcitoria (salve le due ultime pronunce del Consiglio Costituzionale che vanno esattamente nella direzione opposta), tuttavia esso ha accolto criticamente, come il sistema italiano, i c.d. danni punitivi, stante la funzione della responsabilità civile, tipicamente risarcitoria – indennitaria. Tuttavia, come nel sistema giuridico italiano, anche in quello francese si è assistito negli anni ad una progressiva affrancazione della responsabilità civile da quella penale, tant'è che questa evoluzione ha trovato il suo punto di completamento con la codificazione napoleonica, la quale ha ben chiarito la differente funzione della responsabilità civile rispetto a quella penale.

La prima si caratterizza per una "compensativa" e dunque risarcitoria, la seconda per una "punitiva" e dunque sanzionatoria (*"Le recours à la responsabilité pénale*

permettait de punir les atteintes à l'ordre social, tandis que la responsabilité civile assurait un rôle de réparation d'un équilibre rompu").⁵⁴⁷

Ad oggi però si sta forse assistendo, all'interno del panorama francese, ad una sorta di ritorno all'unitarietà, nel senso che la responsabilità penale si sta civilizzando o quella civile si sta penalizzando, tanto da scardinare la tradizionale distinzione tra diritto civile "restitutivo" e diritto penale "repressivo", per meglio rispondere alle esigenze moderne.⁵⁴⁸

Invero, il diritto penale dovrebbe rivestire una diversa funzione rispetto a quello civile, poiché esso è impegnato nella difesa di un interesse generale non già particolare rivolto alla sola vittima dell'illecito. Con ciò non si vuole sostenere che l'interesse particolare sia totalmente assente nel diritto penale, e del pari quello generale nel diritto civile, prova ne sono le precedenti ipotesi di limitazione di responsabilità "per motivi di interesse generale". Riparando il pregiudizio civile si ha chiaramente in primo luogo la necessità di riparare la vittima, ma vi è del pari la necessità di ristabilire la pace sociale. Se il diritto penale si sta in parte civilizzando per effetto della sanzione riparatoria (*sanction-réparation*) introdotta da una legge del 2007, il diritto civile si sta penalizzando per effetto del moltiplicarsi delle pene private.

La dottrina osserva infatti come i due tipi di responsabilità si stiano in realtà avvicinando per effetto di un fenomeno peculiare: da un lato la responsabilità penale che non ha più solo la finalità di difendere l'interesse generale, dall'altro quella civile che si propone l'obiettivo di proteggere quest'ultimo, pur se tradizionalmente si è sempre focalizzata sulla vittima per ristabilire l'equilibrio infranto per effetto della condotta illecita.⁵⁴⁹

Per molto tempo la responsabilità civile in Francia è stata concepita in una direzione orizzontale, nel senso che la compensazione patrimoniale che ne deriva aveva riguardo a due soggetti privati, mentre la responsabilità penale veniva concepita in un senso verticale, ossia essa consiste nella risposta della società ad una condotta criminale. Per effetto dell'introduzione però di forme di danni punitivi, seppur larvata ed ancora

⁵⁴⁷ C. CORGAS, BERNARD, *Responsabilité civile, responsabilité pénale: regards croisés. Propos introductifs*, in *Responsabilité civile et responsabilité pénale: regards croisés*, colloque du 22 mars 2013, RCA 2013, n. 22, 7.

⁵⁴⁸ C. RADÉ, *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, D., 1998, 301 e ss. e *id.*, *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, 2 – Les voies de la réformes: la promotion du droit à la sûreté*, 1999, 323 e ss.

⁵⁴⁹ Per comprendere l'evoluzione giurisprudenziale sul punto si veda S. PIEDELIEVRE, *Les dommages – intérêts punitifs: une solution d'avenir?* in *La Responsabilité civile à l'aube du XXI siècle*, Bilan prospectif, R.C.A., n. 6 bis, Juin 2001, Hors série, 68 et ss.

timida, analogamente a quanto accade nel panorama italiano, la responsabilità civile si starebbe per così dire “verticalizzando” assumendo, o meglio ammettendo, forme di punizione al di là dell’integrazione di una fattispecie tipica di reato. Si deve però tenere presente che tale funzione è per così dire eccezionale, posto che comunque la primordiale e principale funzione della responsabilità civile è e rimane riparatoria. Del resto, per molto tempo la distinzione di queste diverse finalità tra le due forme di responsabilità si è bene incardinata nel sistema, nel senso che vi è una sorta di gerarchia tra di esse, tanto che l’accertamento della responsabilità penale assume l’autorità di cosa giudicata nel giudizio civile.

Due sarebbero le funzioni della responsabilità civile, osserva la dottrina, anche se recentemente sembrano esserne emerse altre, ed esse sono: l’indennizzazione della vittima e la dissuasione dai comportamenti antisociali.⁵⁵⁰ Da una parte dunque la funzione normativa risponde all’esigenza sociale di non considerare l’autore del danno solo in rapporto alla vittima, bensì anche nei confronti delle relazioni con i suoi pari, in modo tale da dissuadere dal commettere l’illecito, dall’altro lato la finalità indennitaria, che si iscrive invece in un rapporto orizzontale all’interno di una relazione non più sociale ma interindividuale con la vittima.

Tuttavia, si può concepire un’interconnessione tra queste due funzioni, ossia si può ritenere che la compensazione individuale sia d’aiuto alla dissuasione sociale, di modo tale che si possa per così dire ravvisare una sorta di gerarchia tra le due funzioni della responsabilità, nel senso che la funzione normativa – sociale ha ceduto il passo alla funzione indennitaria individuale. Invero, il fatto stesso che per effetto della violazione dell’art. 1240 Code Civil deriva per l’autore del danno la condanna al risarcimento del danno, ai fini della sua riparazione, si scorge una primordiale ed insita funzione sanzionatoria (di condanna) anche all’interno di una responsabilità che si è sempre proclamata risarcitoria-indennitaria.⁵⁵¹ Vale a dire che, anche per effetto dei c.d. pregiudizi di massa, cagionati cioè ad una serie indeterminata di persone, si arriva a

⁵⁵⁰ Per comprendere a pieno le nuove tendenze, o meglio le nuove funzioni riconosciute alla responsabilità civile nel panorama francese si veda A. PROVINCI, *Tendances récentes du droit de la responsabilité civile au Québec*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes journées René Savatier, P.U.F. 1997, 132 et ss.

⁵⁵¹ Sulle differenze critiche ascritte alle diverse pene private presenti nell’ordinamento francese, ed in particolare per comprendere come operi la responsabilità civile in funzione indennitaria – compensativa in rapporto al principio di integrale riparazione del danno si veda il contributo di C. COUTANT, LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, th. P.U.A.M., 2002, 517 et ss., ma anche B. STARCK, *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1974, 371 et ss.

concepire la responsabilità civile come una responsabilità per così dire “bicefala”, tutta posizionata tra la riparazione e la sanzione.

La funzione riparatoria risponde alla più generale funzione normativa della responsabilità civile intesa in negativo come un invito ad evitare i comportamenti socialmente nocivi, e del pari, in positivo, il dovere di rispettare i diritti altrui, sì da raggruppare al suo interno due propositi, quello punitivo e parimenti quello preventivo di dissuasione dai comportamenti illeciti. Ecco che la funzione normativa rappresenta quella dedita a sanzionare un comportamento moralmente e socialmente condannabile in quanto intriso di colpa. Essa è intesa come la “violazione di un dovere generale di non nuocere ad altri”, nel significato di “comportamento anormale e dunque antisociale”,⁵⁵² che merita appunto di essere rimproverato.

Successivamente, la funzione indennitaria della responsabilità civile si è affrancata da questa funzione punitiva per effetto del nascere di una serie di responsabilità senza colpa, le quali, per il fatto stesso di non essere appunto colpose, mal si attanagliavano all’esigenza in qualche modo punitiva, sebbene permanga l’esigenza di imporne la riparazione.⁵⁵³ In questi casi non si identifica a rigore un “responsabile”, ma semplicemente un titolare dell’obbligazione di riparare il danno. È evidente allora che ad esso non può essere mosso alcun rimprovero, non essendo appunto in colpa, ragion per cui mancherebbe nel caso di specie quella funzione volta a punire, che in parte caratterizza la funzione normativa in parola. A ciò si aggiunga talvolta l’esigenza di accordare comunque una tutela alla vittima di un illecito ancorché non ne venga identificato il suo autore.⁵⁵⁴

Parallelamente a questo declino della funzione normativa della responsabilità civile è emersa la funzione “riparatrice” della responsabilità civile. Essa riposa sull’esistenza di un male sofferto dalla vittima che deve essere riparato dal suo autore. Il proprio della responsabilità civile è cioè quello di ristabilire l’equilibrio distrutto per effetto del danno, al fine di riportare la vittima nella situazione in cui si sarebbe trovata

⁵⁵² R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, préf. G. ripert, II ed., LGDJ, 1951, tome 1, n. 35, “la faute, violation d’une norme de conduite, est un comportement anormal, donc asocial”.

⁵⁵³ L. CADIET, *Sur les faits et les métaphis de l’idéologie de la réparation*, in *Le Juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, 497. Secondo l’A. l’oggettivizzazione della responsabilità civile avrebbe portato ad una tendenza regressiva nella stessa, posto che secondo le disposizioni normative vigenti, l’autore della violazione dovrebbe rispondere per colpa, non già oggettivamente. La responsabilità civile comporta che il danneggiante paghi con il proprio patrimonio per la violazione commessa, e dunque sarebbe insita una responsabilità sanzionatoria.

⁵⁵⁴ Dell’avviso M. CRÉMIEUX, *Réflexions sur la peine privée moderne*, in *Études offerte: Pierre Kayser*, Dalloz, 1979, t. 1, 261 n. 4.

se esso non fosse stato posto in essere. La c.d. *restitutio in integrum* sotteso allo stesso sistema civile di responsabilità nazionale. Di qui la funzione riparatoria nel senso di ripristinatoria dello *status quo ante*.

Talvolta, si è visto, tale proposito rimane vano, posto che è oggettivamente impossibile un'effettiva "riparazione in senso fisico", poiché il pregiudizio ha natura diversa (fisica) rispetto al suo ristoro (monetario), ecco perché piuttosto che parlare di funzione "riparatoria", l'esperienza francese preferisce parlare di funzione "indennitaria", stante il permanere di un certo scarto tra ciò che è fisicamente accaduto alla vittima e la risposta riparatoria del suo danneggiante.

Dopo dunque una prima fase di affrancazione della responsabilità civile rispetto a quella penale, per effetto dell'emergere della funzione indennitaria della stessa, recentemente si assiste ad una reminiscenza della punizione in senso al diritto civile, il quale non è mai stato totalmente ostile alla nozione di sanzione. Al contrario, numerose sue disposizioni prevedono delle vere e proprie sanzioni.⁵⁵⁵ In realtà, il diritto civile va ben oltre. Accanto infatti all'ammenda civile, istituto di ordine generale che impone all'autore di versare una somma al tesoro pubblico, vale a dire allo Stato, il diritto civile sanzionatorio si manifesta anche attraverso la previsione di "pene private". Esse si ravvisano in specifiche disposizioni normative, quali ad esempio in materia matrimoniale o successoria.

Quando si parla di pena privata, ossia di "*peine privé*" si deve considerare che essa rappresenta una sanzione atipica, nel senso che trascende le tradizionali categorie del diritto civile ma anche di quello penale. Con essa per l'ordinamento francese si intende una sorta di "punizione" per il danneggiante il quale deve corrispondere una somma di denaro alla vittima, che la riceve a prescindere dal fatto che abbia subito un danno, ovvero pur avendolo subito, riceve in una somma maggiore rispetto ad esso.⁵⁵⁶

Chiaramente si pone il precipuo obiettivo di punire il trasgressore e nello stesso tempo di fungere da deterrente, non già di ristorare la vittima. Essa si distingue dall'ammenda che consiste effettivamente in una penalità pecuniaria inferta ad un soggetto che si è sottratto all'adempimento di un'obbligazione civile e, a differenza della pena privata, il cui ammontare viene corrisposto al soggetto danneggiato o comunque destinatario della condotta illecita, essa viene corrisposta al Tesoro pubblico,

⁵⁵⁵ C. JAUFFRET, SPINOSI, *Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers*, P.A. 20 novembre 2002, 8 et ss.

⁵⁵⁶ A. JAULT, *La notion de peine privée*, préf. Fr. Chabas, LGDJ, coll. "bibl. de droit privé" tome 442, 16 et s., 2005.

ossia allo Stato, posto che si inserisce all'interno di un rapporto verticale, non già orizzontale che invece caratterizza la pena privata.

La pena privata allora può porsi con una duplice finalità: da un lato indennitaria/riparatoria e dall'altra punitiva. Il concetto di "riparazione" deriva dal termine "privata", mentre il concetto "sanzionatorio" deriverebbe dal termine "pena". Quando la pena si affianca ad un'effettiva riparazione, essa rappresenta un'estensione di questa, ed è caratterizzata da una duplice natura: penale per quanto riguarda i suoi principi, e civile per quanto riguarda la sua forma ed i suoi effetti. Più nel dettaglio, la pena privata si differenzia da quella penale sulla base di due criteri: quello organico, (in relazione al quale il giudice civile pronuncerà la pena privata allorché il giudice penale pronuncerà la pena pubblica) ed altresì quello normativo: essa è pronunciata per effetto della violazione di una norma civile non già penale.⁵⁵⁷

Per quanto riguarda la differenza con la sanzione civile, si suole dire che la pena privata è una sanzione civile inflitta a titolo di punizione. Tale tipo di sanzione non ha invero trovato sin da subito il plauso della giurisprudenza, la stessa Cassazione si è più volte espressa in senso contrario, ritenendo che ammettere la pena privata all'interno del sistema civile, come *tertium genus* rispetto a sanzione civile e penale, significa ritornare ai tempi dei barbari, in cui non vi era distinzione tra dimensione pubblica e privata e così quella tra interesse generale ed interesse individuale.⁵⁵⁸ Pertanto, ammettere oggi la pena privata significa riporre nelle mani della vittima la possibilità di sanzionare essa stessa il colpevole/danneggiante, compito che invece dovrebbe spettare al potere pubblico.

Se certo è vero che all'interno del sistema francese vi sono diverse forme di sanzioni civili, peraltro codificate (si pensi alla clausola penale, alle *astreintes*, le *recel successoral*, e la *sanction de la faute de la victime*), la loro versatilità impedisce di poter parlare di una categoria generale proprio per l'assenza di caratteristiche comuni. Di talché, non si potrebbe pervenire a sostenere l'ammissibilità di siffatta categoria all'interno dell'ordinamento civile francese. Inoltre, avendo riguardo al principio di integrale riparazione del danno essa rappresenterebbe uno sconfinamento se non un diretto contrasto: il primo si avrebbe quando si permette, per suo tramite, di attribuire

⁵⁵⁷ In particolare, sul punto si veda G. VINEY, *Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute? Une question posée à propos de l'Harmonisation des droits civils européens*, *Mèlanges Catala, Litec*, 2001, 555.

⁵⁵⁸ In questo senso Y. FLOUR, *Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance?* *Droits*, 1987, n. 5, 29 et ss.

una somma di denaro maggiore rispetto a quella sufficiente per riparare il danno, il contrasto si avrebbe quando è assente qualsiasi danno in capo alla vittima, ciò nonostante l'esigenza sanzionatoria prende il posto di quella riparatoria sottesa al principio in parola, accordando comunque una somma di denaro con il solo fine di sanzionare il trasgressore.

Per altri versi, la pena privata avrebbe il merito di moralizzare i comportamenti dei consociati. Vi sono infatti delle situazioni in cui il profitto derivante dall'illecito è maggiore rispetto all'ammontare del risarcimento del danno, è ciò che viene in altri termini definito *disgorgement*. In questi casi l'autore del fatto illecito potrebbe paradossalmente arricchirsi per effetto dello stesso, di conseguenza potrebbe mantenere viva in lui l'idea che infrangere la legge potrebbe portargli un vantaggio, con totale perdita di significato della funzione di deterrenza che la sanzione civile dovrebbe affiancare a quella riparatoria. La pena privata rappresenta allora un rimedio opportuno che permette di scoraggiare tali comportamenti moralmente scorretti e socialmente biasimevoli.

Ne deriva, nonostante le considerazioni sopra svolte, anche il sistema francese, come quello italiano, è restio ad ammettere apertamente i c.d. *punitive*⁵⁵⁹ *damages*, proprio in considerazione alla funzione della responsabilità civile. Tuttavia, si osserva come continuare a negare apertamente la loro presenza, anche all'interno del sistema civile codificato, risulta pericoloso, posto che è ormai una realtà insita all'interno dell'ordinamento francese. Di fatto accade che l'organo giudiziale mascheri la somma a titolo punitivo all'interno della somma risarcitoria, al fine di non ammetterla apertamente. Ciò comporta da un lato che l'autore della condotta non apprende realmente gli effetti della sanzione, con conseguente inutilità sul piano della correzione del comportamento, e dall'altro che l'assicurazione (che dovrebbe solo coprire i costi della riparazione) si trovi a coprire anche la parte di sanzione punitiva.

Si è fatto poc'anzi cenno alla clausola penale e, del pari, alle *astreintes*, tipici esempi di pene private codificate nel sistema francese e comuni a quello italiano.

Il concetto di clausola penale, prevista all'art. 1231-5 Code Civil, sembra essere infatti un ossimoro: il termine clausola rinvia ad un accordo tra le parti, le quali appunto

⁵⁵⁹ Qualche apertura nel senso dell'ammissibilità dei danni punitivi la si rinviene in Cass. Civ., ord. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, I, 10, 1285-1294 e ss., con nota di M. GAGLIARDI. Si vedano anche KOZIOL, WILCOX, *Punitive Damages: common law and civil law perspectives*, Vienna, 2009; MEURKENS, NORDIN, *The power of punitive damages: is Europe missing out?* Cambridge, 2012. O ancora: POLINSKY, SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, in *Harv. L. Rev.*, 1998, 870 e ss.

addiventano ad una comune volontà di considerare un certo fatto (inadempimento di un'obbligazione) importante tanto da giustificare la dazione di una somma di denaro, dall'altro evoca, con il termine "penale", la rottura di tale accordo. In altre parole da un lato vi è l'accordo delle parti, dall'altro nello stesso tempo, la rottura di tale accordo, giustifica appunto la dazione della somma di denaro sottesa alla clausola a titolo di penale.

Ecco dunque che la "clausola" va a conciliare, mentre la "penale" va a reprimere. Ossia la clausola anticipa la situazione, la penale rappresenta la sua reazione.⁵⁶⁰ Essa rappresenta una clausola in virtù della quale stipulato un contratto, si prevede contestualmente che l'inadempimento (ovvero il ritardo) di un'obbligazione ritenuta principale, comporta per la parte inadempiente l'obbligo di versare una somma forfettaria in genere superiore all'ammontare del pregiudizio subito, ovvero in sua assenza con lo scopo di rafforzare il vincolo contrattuale per mezzo di un suo effetto deterrente e scoraggiante rispetto all'inadempimento. Tale somma in via di principio non può essere né diminuita né aumentata dal giudice, salvo che sia manifestamente eccessiva ovvero esigua. Mediante essa dunque, le parti vanno a pre-liquidare in via forfettaria il danno, senza avere a riferimento il pregiudizio che effettivamente subirà la parte, di qui la finalità punitiva della stessa. Si tratterebbe pertanto di una responsabilità penale contrattuale.

Per vero l'ordinamento italiano ha osservato che a rigore non si potrebbe realmente parlare in tali casi di pena privata, stante il potere di riduzione d'ufficio del giudice, qualora la stessa sia manifestamente eccessiva, di talché si perverrebbe ad adeguare la penale al reale ammontare del pregiudizio subito, elidendo l'effetto sanzionatorio della stessa, e lasciando sopravvivere il solo effetto risarcitorio.⁵⁶¹ Per l'ordinamento francese invece essa rappresenta una strumentalizzazione della sanzione

⁵⁶⁰ Di questo avviso v. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 11, "La funzione punitiva ci sembra insopprimibile. Essa ricorre sia nel caso in cui le parti dalla clausola (e più precisamente il creditore) vogliono ottenere l'adempimento dell'obbligazione principale e comminano, per la ipotesi in cui non si dovesse verificare, una situazione punitiva, e sia in quello in cui le stesse parti considerano l'eventuale risarcimento del danno".

⁵⁶¹ Nello stesso senso Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, secondo cui: "la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare fissato nella clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta. Pertanto, deve escludersi che la clausola penale prevista dall'art. 1382 c.c. possa essere ricondotta all'istituto proprio del diritto nord-americano dei "punitive damages" avente una finalità sanzionatoria e punitiva che è incompatibile con un sindacato del giudice sulla sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito."

penale, per sua natura indisponibile, per fini privati: ossia la possibilità di prevederla liberamente per i contraenti, e parimenti l'intangibilità della stessa per opera del giudice, potrebbe da un lato confermare la sua funzione sanzionatoria, dall'altro comportare degli abusi. Infatti la Cassazione francese ha stabilito che essa non può essere toccata né per il tramite dell'obbligo di buona fede, né per il tramite della lealtà contrattuale, né infine attraverso la nozione di causa.

Ecco perché è intervenuto il legislatore prevedendo espressamente che il giudice può ridurla, ove manifestamente eccessiva, ponendosi dunque in linea con l'ordinamento italiano.

Un ulteriore esempio di pena privata è dato dalle *astreintes*, che hanno fatto ingresso anche nell'ordinamento italiano, non solo in campo civile ma anche amministrativo.⁵⁶² Essa consiste in una condanna del debitore, pronunciata assieme alla condanna principale proclamata dal giudice, per ogni giorno/settimana/mese di ritardo nell'adempire alla prestazione imposta da quest'ultimo. Essa ha essenzialmente una finalità dissuasiva dal persistere o dal porre in essere l'inadempimento rispetto alla decisione giudiziale di condanna. Anche in questo caso essa viene corrisposta a prescindere dal fatto che sussista un pregiudizio per la parte che la riceve, di talché la sua finalità è da un lato dissuasiva, dall'altro sanzionatoria per il comportamento che persiste nel non adeguarsi alla statuizione condannatoria.⁵⁶³

Un'ulteriore ipotesi di pena privata è intravista per l'ordinamento francese nella previsione della limitazione del danno per la vittima dell'illecito in proporzione all'incidenza del suo stesso atteggiamento colposo nella causazione del danno. In altre parole, il principio di integrale riparazione del danno trova un limite in tutti i casi in cui la vittima è essa stessa colpevole per non avere evitato quel danno che con la sua diligenza avrebbe potuto evitare. Essa potrà non solo vedersi ridotto, bensì anche cancellato l'intero risarcimento, secondo una chiara finalità sanzionatoria.

La stessa Legge n. 1544 del 29 ottobre 2007 introduce, analogamente a quanto avvenuto nel sistema italiano per il tramite del Codice della proprietà intellettuale, il c.d.

⁵⁶² Per una generale funzione punitiva si veda P. JOURDAIN, *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?* Rapport introductif, Petites Affiches, 20 novembre 2002, n° 232, 3; ma anche C. JAUFFRET, SPINOSI, *Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers*, Petites Affiches, 20 novembre 2002, n° 232, 8.

⁵⁶³ Per quel che specificatamente riguarda le *astreintes* nel panorama francese si veda MOREA MARGREVE, *L'astreinte*, Ann. Dr. Liège, 1982, 11 et ss.; l'ouvrage collectif intitulé *Dix ans d'application de l'astreinte*, Ed. Creadif, 1991, avec spécialement la contribution de l'auteur précité; pour les derniers développements, si veda anche J. VAN COMPERNOLLE et O. MIGNOLET, *L'astreinte – Règles générales et champ d'application*, Commission Université-Palais, Vol. 65, Larcier, 2003, 197.

disgorgement, ossia l'obbligo per il giudice di tenere in considerazione i profitti che il danneggiante ha realizzato per effetto della condotta illecita: gli stessi devono essere restituiti al titolare del diritto leso. Il caso è quello della violazione del diritto di proprietà intellettuale: sebbene il suo titolare non ne abbia subito un danno, non è permesso all'autore del fatto illecito arricchirsi per effetto della violazione di tale diritto, con la conseguenza che, qualora ne derivi un profitto (illecitamente) conseguito, questo dovrà essere restituito al titolare del diritto di proprietà. Il sistema francese chiama questo istituto con il nome di "danno punitivo". In tali casi il giudice dovrà in concreto prendere in considerazione non solo le conseguenze economiche negative subite per la parte lesa, ma anche i benefici realizzati dal contraffattore ed in astratto e su domanda della parte lesa, assegnare una somma forfettaria che non può essere inferiore a quanto l'autore della condotta illecita avrebbe dovuto corrispondere al titolare del diritto leso se gli avesse chiesto l'autorizzazione all'utilizzo del diritto di proprietà intellettuale.⁵⁶⁴

Ecco dunque che per effetto della pena privata, la responsabilità civile perde la sua funzione tipicamente riparatoria per addivenire ad una funzione tipicamente sanzionatoria. Sulla constatazione del fatto che tale processo è ormai insito nel panorama civilistico francese, si è allora proposto di introdurre espressamente i danni punitivi, essi infatti, non sono ritenuti contrari all'ordine pubblico. La stessa Cassazione francese ha confermato l'assunto della non contrarietà al principio generale e fondante dell'ordine pubblico nella pronuncia del 7 novembre 2012 n. 11-23871 sempreché essi non vengano liquidati in misura eccessiva.

Di qui la proposta di introdurli espressamente. Del resto, lo stesso art. 1371 Code Civil del progetto preliminare di riforma "Catala" denominato "del diritto delle obbligazioni" fa menzione espressa degli interessi punitivi statuendo che "l'autore di un fatto illecito manifestamente deliberato, ed in particolare di un fatto lucrativo, può essere condannato, oltre agli interessi compensatori, a quelli punitivi per i quali il giudice ha la facoltà di far beneficiare il Tesoro Pubblico". Questi interessi punitivi si differenziano dagli interessi detti restitutori che, per il diritto delle obbligazioni, consistono per l'autore del fatto nella restituzione del profitto illecitamente conseguito. L'assunto di fondo è scorto nell'intento positivo di introdurre un meccanismo che permette di sanzionare un comportamento immorale e nello stesso tempo dissuadere oltre che assicurare un indennizzo per la vittima. In tali casi l'idea della punizione deve

⁵⁶⁴ Si veda sull'argomento P. WERY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Chartre, 2004, 313, n° 24.

fondersi con quella della riparazione, di modo tale da poter legittimare una responsabilità civile anche sanzionatoria, non più solo “riparatoria”, di modo tale che si possa ragionare in termini penalistici: un comportamento biasimevole, associato ad un’intenzione di nuocere espone il soggetto ad una sanzione punitiva. Gli stessi, *mutatis mutandis* potrebbero essere allora ricondotti allo stesso art. 223-1 Code pénal il quale incrimina la violazione manifestamente deliberata di un’obbligazione di particolare prudenza e sicurezza.

La proposta non ha creato però una visione unanime in dottrina, alcuni sono infatti a favore dell’introduzione espressa dei danni punitivi,⁵⁶⁵ altri invece sono ostili. La stessa Corte di Cassazione, in precedenza all’arresto del 2012, ha tranciato la questione sostenendo che essi sarebbero in contrasto con l’ordine pubblico internazionale e lo stato attuale delle cose. Per vero si è contrariamente osservato che i danni punitivi hanno l’effetto di migliorare la tutela per la vittima dell’illecito, ed in particolare la misurazione della stessa compensazione, potendo essa tramite questi, ottenere una più ingente somma. Per tal via si arriverebbe addirittura a responsabilizzare i soggetti, trasformando anche i soggetti privati e le imprese (per quel che concerne il campo della concorrenza) in veri e propri “ausiliari della repressione”.

Per quanto riguarda l’atteggiamento della giurisprudenza, a prima vista sembra aprire le porte ai danni punitivi,⁵⁶⁶ tuttavia afferma di nutrire una certa reticenza alla loro introduzione. Il problema si è fatto recentemente più pressante perché come l’Italia, anche la Francia è stata condannata dalle corti americane a rifondere una somma pari ad 1,5 milioni di dollari a titolo di danni punitivi. La pronuncia è in attesa di ottenere l’*exequatur* della decisione americana, l’assunto di fondo è che tale condanna è in contrasto con l’ordine pubblico internazionale in Francia, e l’*exequatur* è stato per ciò rifiutato. Tuttavia, la Corte di Cassazione sembra far emergere uno spiraglio, specificando che i danni punitivi sarebbero in contrasto con l’ordine pubblico internazionale ove la condanna ad essi sottesa risulti sproporzionata al pregiudizio subito, di talché essi non risulterebbero *de plano* vietati nell’ordinamento francofono, ma vi è per così dire una riserva giudiziale che permette di controllare la loro proporzionalità prima di legittimarli. In tali casi, superato il vaglio, non potrebbero dirsi contrari all’ordine pubblico.

⁵⁶⁵ Me. R. SAINT, ESTEBEN, *Pour ou contre les dommages et intérêt punitifs*, Petites Aff., 20 janvier 2005, n. 14, 53.

⁵⁶⁶ Cass. civ., I, I déc. 2010, n. 09-13303, Bull. 2010, I, n. 248.

Invero, si è osservato che tale controllo di proporzionalità non andrebbe effettuato con riguardo al pregiudizio subito (che per i danni punitivi potrebbe anche mancare) bensì con riferimento alla gravità del comportamento: è infatti tipico della funzione sanzionatoria della responsabilità avere riguardo al carnefice, anziché alla vittima, posto che l'obiettivo principale è la punizione e la rieducazione non già la riparazione, avendo solo secondariamente riguardo al pregiudizio subito per la vittima. Ecco che allora i danni punitivi potrebbero essere considerati un'indennità che ha superato di molto l'ammontare del risarcimento tipicamente compensatorio.⁵⁶⁷

Se così è, i danni punitivi non devono essere visti come un'occasione di abuso per il privato che si fa giustizia da sé sostituendosi all'autorità pubblica, ed essi non devono nemmeno essere visti come un'occasione per arricchirsi illecitamente, posto che l'ammontare degli stessi può essere ricondotto a proporzionalità dal giudice, e tale sindacato è del resto espressamente confermato in materia di clausola penale, come poc'anzi si è avuto modo di osservare. Questi, a ben vedere non possono essere ricondotti né alla sanzione penale, né a quella strettamente civile, sicché devono considerarsi un "ibrido", una risposta atipica rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento, un'alternativa rispetto al dualismo: sanzione civile - pena. Essi potrebbero rappresentare una sanzione efficace per tutti quei comportamenti anti sociali che pur non sfociando in una fattispecie di reato sono ritenuti illeciti. Gli stessi, stante l'assenza di un danno per la vittima, ovvero stante l'esiguità dello stesso, potrebbero rischiare di non essere puniti dall'ordinamento, così incentivando condotte moralmente ed eticamente scorrette. La dottrina ha peraltro proposto che tutte le somme corrisposte a titolo di danno punitivo confluiscono anziché verso la vittima dell'illecito, ad un fondo d'indennizzazione, che in una chiave solidaristica, intervenga a risarcire le vittime qualora l'autore della violazione non sia identificato o non possa effettivamente porre in essere la riparazione.

In conclusione, da tutto quanto detto, si osserva che seppure l'ordinamento francese sembri essere sulla via dell'ammissione dei c.d. *punitive damages*, con le restrizioni poc'anzi evidenziate, due sono i principali problemi, peraltro comuni all'ordinamento italiano: da un lato vi è la necessità di considerare tale tipo di risposta sanzionatoria avulsa dalla tradizionale funzione riparatoria della responsabilità civile, per ammettere che essa possa avere, in via eccezionale, anche una funzione

⁵⁶⁷ F.X.-LICARI, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe l'oeil de la Cour de Cassation?* D. 2011, 423.

sanzionatoria, e dall'altro la difficoltà di ricercare una definizione comune di “pena privata” o di “danno punitivo”, posto che sul punto vi è un po’ di confusione.

Sotto il primo aspetto la pena privata ha trovato resistenze in un primo momento perché è stata concepita come un'estensione della riparazione, e per questo si è cercato di inserirla in una dimensione riparatoria compensativa che chiaramente non le si addiceva. È necessario cioè attribuirgli un ruolo autonomo, disgiunto dalla riparazione, posto che la pena privata può essere accordata anche in assenza di un danno da riparare, basti considerare le *astreintes* o la stessa clausola penale.⁵⁶⁸ In tal modo, attribuendo cioè un ruolo autonomo alla pena privata, si sgancia la questione dell'ammissibilità di essa in rapporto alla funzione compensativa della responsabilità civile, al fine di ammettere la possibilità che esista un *tertium genus* di risposta dell'ordinamento che non può essere ricondotta né alla sanzione penale né alla sanzione civile strettamente intesa.

Sotto il secondo profilo, è necessario precisare che la pena privata può essere chiesta dalla vittima, nel senso che non è frutto di automatismo del sistema della responsabilità civile, ed è sottoposta al controllo giudiziale per quanto attiene alla sua entità. Quanto alla difficoltà di fornirne una definizione condivisa, si osserva che essa potrebbe essere riassunta nei termini che seguono: la pena privata è una sanzione civile punitiva totalmente indipendente dalla funzione riparatoria della responsabilità civile, inflitta all'autore di un fatto illecito a lui moralmente imputabile, a vantaggio esclusivo della vittima, la quale, sola, può chiederne la sua applicazione.

5.4. La funzione della responsabilità civile nel danno ambientale: i principi di equità e di giustizia distributiva alla base di una visione solidaristica che alloca il danno tra il proprietario del sito inquinato e collettività, entrambi non colpevoli.

Operate le precedenti osservazioni critiche in merito alla tradizionale funzione della responsabilità civile, l'analisi della problematica sottesa evidenzierà come il principio solidaristico, inteso nell'accezione di “equità” e giustizia distributiva che prima abbiamo visto deve essere sotteso alla quantificazione del danno, imponga al

⁵⁶⁸ Sul punto si veda in particolare M.S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in *Foro it.* 1990, 174; M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 25 e ss.; F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano 2008, 158 e ss. ed anche P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. Giur.* 2009, 525; G. CAMPEIS, *P. De Pauli, Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibo*, in *Foro pad.*, 2002, 533.

sistema di redistribuire il danno patrimoniale e non patrimoniale tra soggetti *non colpevoli*, per l'assenza di una concreta e praticabile soluzione alternativa, finendo così per imporre a questi un obbligo di sopportare un danno che essi non hanno in alcun modo cagionato.⁵⁶⁹

Ecco dunque che il danno ambientale, in assenza dell'individuazione del responsabile, dovrà essere sopportato in parte dall'intera collettività, in parte dal proprietario del sito inquinante, per il semplice fatto di essere tale, pur non avendo questi in alcun modo cagionato il danno.⁵⁷⁰

La questione è di grande attualità posto che la stessa Corte di Giustizia (sent. 534/2015), interrogata sull'ordinanza di remissione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, è stata chiamata a valutare la compatibilità del quadro normativo nazionale in materia di responsabilità ambientale alla luce del quadro normativo europeo, sulla scorta di quanto contenuto nel principio di derivazione sovranazionale "chi inquina paga".⁵⁷¹

Il dubbio si sostanzia nel valutare se un soggetto che non abbia cagionato il danno ambientale possa essere chiamato a rispondere di esso per il semplice fatto di essere *proprietario* del sito inquinato, imponendogli di eliminare il danno mediante una *restitutio in pristino*.⁵⁷² Se si ammettesse tale obbligo, si configurerebbe una responsabilità da mera posizione, di dubbia compatibilità rispetto alla funzione della responsabilità civile solo riparatoria - non già sanzionatoria - come essa si risolverebbe.⁵⁷³

Per comprendere l'assunto è necessario analizzare a quali principii si ispira la responsabilità civile, attraverso l'analisi delle fattispecie che derogano all'art. 2043 c.c.

⁵⁶⁹ Sull'approccio "etico" e "solidaristico" del problema si veda G. ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, 1991, 116. Sarebbero di stampo solidaristico tutte quelle soluzioni che agevolino il ripristino della situazione lesa così come tutte quelle teorie che promuovono scelte "efficienti" in qualche modo basate sull'analisi economica del diritto.

⁵⁷⁰ BORGONOVO RE, *Contributo allo studio del danno ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 1992, 257; D. CHINDEMI, *Il danno ambientale*, in *Nuova giur. civ.*, 1993, II, 431. Si veda sul punto anche S. PATTI, *La valutazione del danno ambientale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II, 447.

⁵⁷¹ A. G. ANNUNZIATA, *Il nuovo sistema di riparazione del danno ambientale alla luce della l. 6 agosto 2013, n. 97: obbligatorietà del risarcimento in forma specifica e nuovo "antropocentrismo dei doveri"*, in *Contr. e impr.*, 2015, 133 ss.; M. FERMEGLIA, *Chi inquina, paga: imputazione della responsabilità per danno ambientale e risarcimento dopo la legge europea 2013*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1591.

⁵⁷² Il principio della riparazione in forma specifica trova conferma, oltre che all'art. 311, anche (i) in altre disposizioni del D. Lgs. n. 152/2006 (artt. 314, commi 2 e 3 e 317, comma 5), (ii) nell'abrogazione del danno presunto (e punitivo) previsto dall'art. 314, comma 3, (iii) nell'espunzione dell'inciso "e per equivalente patrimoniale" dalla rubrica dell'art. 311.

⁵⁷³ C. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente alla luce del Testo Unico ambientale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, n. 3, 704 ss.

In particolare, l'elemento sul quale si concentra l'analisi è l'elemento costitutivo della responsabilità aquiliana, ossia il nesso di causalità, il quale consente di differenziare la responsabilità oggettiva – ammessa - dalla responsabilità da mera posizione, invece esclusa.⁵⁷⁴

La fattispecie di partenza è la seguente: un soggetto terzo cagiona un danno ambientale per mezzo di un bene di proprietà di un altro soggetto. A questo punto ci si chiede se il proprietario di un sito inquinato possa essere chiamato a rispondere dei danni ambientali per il semplice fatto di essere *proprietario* di esso, senza in alcun modo avere posto in essere una condotta causativa del danno.

La problematica si iscrive nel quadro normativo delineato dal Codice Ambiente (D.lgs 152/2006).⁵⁷⁵ In particolare, questa forma di responsabilità è disciplinata agli artt. 239 e ss. del Codice, i quali prevedono un doppio meccanismo di responsabilità a seconda del soggetto considerato.⁵⁷⁶ Da un lato vi è il “danneggiante”, che è responsabile del danno ambientale per avere posto in essere una condotta inquinante, *ex art. 242 Codice Ambiente*, e che ha un *obbligo* di ripristino ambientale, ossia di eliminazione del danno (*sub specie* di reintegrazione in forma specifica).⁵⁷⁷ Si noti, per inciso, che sancendo un obbligo di ripristino ambientale, tale previsione normativa sta riconoscendo la sussistenza di una responsabilità civile, che è appunto presupposto costitutivo per l'obbligo di ripristino. Dall'altro vi è il proprietario del sito inquinante “non danneggiante”. Per questi, il legislatore non prevede un *obbligo* di ripristino ambientale, bensì una mera *facoltà* di eliminare il danno. Tale scelta non è causale. Imporre infatti un obbligo di eliminare il danno significherebbe ammettere la sussistenza di una responsabilità civile in capo al soggetto, posto che è proprio quest'ultima il presupposto costitutivo dell'obbligo.

Il legislatore però, non volendo riconoscere una responsabilità in capo al proprietario del sito, per il semplice fatto di essere tale (non avendo questi cagionato il danno), prevede la semplice *facoltà* di ripristino ambientale, rientrando essa nelle facoltà del proprietario, posto che può essere nel suo interesse eliminare il danno. Accanto a questa facoltà, vi è però un obbligo di prevenzione in capo a questi, ossia di

⁵⁷⁴ In particolare, si veda P. TRIMARCHI (a cura di), *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, Milano, 1994.

⁵⁷⁵ Per un approfondimento sulla tematica si veda U. SALANITRO, *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2005, 8 e ss.

⁵⁷⁶ Per un approfondimento sulla tematica si rinvia ad autorevole dottrina, in particolare U. SALANITRO, *La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente*, in *La Resp. civ.*, 2006, 678 ss.

⁵⁷⁷ M. ORLANDI, *Concorso nel danno ambientale e teoria dell'equivalenza*, in I.A. NICOTRA, U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010;

adottare *ex ante*, non solo *ex post* in via riparatoria, una serie di misure volte a prevenire il verificarsi del danno ambientale.⁵⁷⁸

Da tale assetto normativo si evince che il legislatore sta considerando la posizione del proprietario del sito inquinante/to, ma escludendo un obbligo di ripristino ambientale, non lo sta considerando responsabile per il danno cagionato da un terzo soggetto. Posto che però vi è un obbligo di adottare una serie di misure volte a prevenire tale danno, qualora esso si verifichi a seguito di una condotta omissiva del proprietario, egli deve dirsi inadempiente rispetto all'obbligo *preventivo*, con conseguente responsabilità a suo carico per avere concorso a cagionare il danno. Vi è allora a monte il principio secondo il quale risponde del danno ambientale chi lo ha cagionato, ovvero chi ha concorso a cagionarlo.⁵⁷⁹

Questo quadro normativo si completa con la previsione dell'intervento della Pubblica Amministrazione: se infatti il responsabile del danno ambientale non è individuato, poiché sul proprietario non grava un obbligo di ripristino, il danno rimarrebbe a carico dell'intera collettività. Per evitare che sia la collettività a sopportarlo, si prevede l'intervento sostitutivo della p.a.⁵⁸⁰

L'eliminazione del danno ambientale comporta però un costo economico che ricade appunto sulla p.a., e dunque in ultima analisi sull'intera collettività, posto che la prima utilizza risorse pubbliche. Se dunque da un lato l'intervento della p.a. soddisfa la

⁵⁷⁸ Si consideri ad esempio chi svolge un'attività economica che rischia di produrre danni ambientali. Qui l'obbligo di prevenzione, ossi l'obbligo di adottare misure atte a prevenire *ex ante* il danno ambientale, va inteso in senso lato. In particolare sul punto si cfr. U. SALANITRO, *La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente*, in *La resp. civ.*, 2006, 682 (ora anche in Studi per Giovanni Nicosia, vol. VII, Milano, 2007, 169 e ss, il quale sostiene che, a proposito dell'art. 302 co IV cod. ambiente (che testualmente recita "qualsiasi persona, fisica o giuridica, pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale avente rilevanza ambientale oppure chi comunque eserciti potere decisionale sugli aspetti tecnici e finanziari di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività"), l'espressione "esercita o controlla l'attività" sia talmente ampia da consentire di ritenere che una società controllante sia responsabile anche se la controllata abbia commesso l'illecito al di fuori degli indirizzi impartiti se risulta che il controllante abbia affidato al soggetto controllato un ambito di attività "senza tuttavia dotarlo di capitali sufficienti rispetto al rischio derivante dallo svolgimento di un'attività professionale che può essere pregiudizievole per l'ambiente.

⁵⁷⁹ Si fa riferimento cioè al principio "chi inquina paga". Rispetto ad esso taluni in dottrina hanno sostenuto che non avrebbe efficacia diretta a favore del privato, essendo piuttosto volto ai legislatori nazionali affinché questi emanino norme volte ad imputare ai produttori i costi degli impatti negativi della loro attività sull'ambiente. Si veda in particolare M. MELI, *Il principio "chi inquina paga" nel codice dell'ambiente*, in NICOTRA e U. SALANITRO (a cura di), *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010, 69-70.

⁵⁸⁰ In particolare, L'art. 302, comma 9, del TUA indica cosa si intende per "ripristino", ovvero: a) nel caso di danni alle acque, delle specie e degli habitat protetti "il ritorno delle risorse naturali o dei servizi danneggiati alle condizioni originarie"; b) nel caso di danni al terreno "l'eliminazione di qualsiasi rischio di effetti nocivi per la salute umana e per l'integrità ambientale".

necessità di eliminare il danno ambientale, dall'altro comporta un sacrificio per la collettività, la quale alla fine è tenuta a sopportare il costo dell'eliminazione del danno.⁵⁸¹ Per ovviare ciò, il legislatore prevede la possibilità di rivalsa per la p.a. in modo tale da recuperare il costo economico sopportato.

Tuttavia, se l'autore della condotta inquinante non è individuato, si pone il problema di individuare su chi esercitare tale rivalsa. L'unico soggetto su cui rivalersi è il proprietario del sito inquinato, il quale, al pari della collettività, non ha in alcun modo cagionato o concorso a cagionare il danno.

Se tuttavia il sistema si rivalesses *sic et simpliciter* sul proprietario del sito inquinante/to per l'intero costo del ripristino, si verificherebbe la traslazione del costo economico del danno ambientale dalla collettività al proprietario, finendo per considerarlo di fatto il responsabile. Ecco perché il legislatore, volendo evitare ciò, prevede una rivalsa della p.a. sul proprietario con due accorgimenti.

Il primo è che la rivalsa è esercitabile nei limiti di valore della proprietà, in modo tale che il proprietario non risponda per intero del danno, ma solo nei limiti del valore della proprietà, cosicché la traslazione del costo economico del danno non ricada totalmente su di lui, e dunque sia solo parziale. La restante parte del danno viene fatta gravare sulla collettività, in modo tale che questo meccanismo realizzi un punto di equilibrio solidaristico. La rivalsa risponde infatti ad un principio di equità, di giustizia distributiva, non invece ad un principio di responsabilità. Del resto, l'art. 2043 c.c. prevede una prospettiva vittimologica tale per cui il danneggiante deve rispondere per intero del danno cagionato.

Nel caso del danno ambientale, non volendo riconoscere una responsabilità "da mera posizione" in capo al proprietario del sito semplicemente per il fatto di essere tale (in contrasto con la funzione della responsabilità civile), si è prevista una rivalsa nei limiti del valore del bene, ossia nei limiti dell'arricchimento che il proprietario ne trae per l'eliminazione del danno ambientale operata dalla p.a. che poi agisce in rivalsa.⁵⁸²

⁵⁸¹ Tale danno, deve considerarsi ingiusto, ed in particolare questo va individuato nell'evento lesivo che consiste nella modificazione, alterazione o distruzione dell'ambiente naturale considerate da un mero punto di vista obiettivo, nella sua materialità.

⁵⁸² Così T. GIANNI, *Il rapporto tra bonifica e risarcimento del danno*, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, 5, 417, secondo il quale: "Un altro tipo di azione che va tenuta distinta dall'azione di risarcimento del danno ambientale è quella di rivalsa che il proprietario non responsabile, dopo aver provveduto spontaneamente alla bonifica (o dopo essere stato «inciso» dall'azione di rivalsa dell'amministrazione), ha diritto di esercitare nei confronti dell'effettivo responsabile dell'inquinamento (18). Anche in questo caso si tratta di un'azione ulteriore rispetto a quella avente per oggetto il ripristino delle matrici ambientali contaminate (ovvero il relativo risarcimento)". Si veda sul punto anche U. SALANITRO, *La bonifica dei siti contaminati*

Da tale sistema, così delineato, ne deriva che il proprietario non risponde del danno *ex art. 2043 c.c.* (per effetto della rivalsa), in quanto la stessa non è integrale, bensì risponde *ex art. 2041 c.c.* Ciò non fa che confermare che il legislatore ha deciso di escludere volontariamente e scientemente una responsabilità in capo al proprietario non danneggiante.

Il secondo è la previsione che la rivalsa sia assistita da un onere reale. A differenza dell'obbligazione *propter rem*, nell'onere reale l'inerenza alla *res* non vale tanto ad individuare il soggetto debitore ma più precisamente attiene al contenuto dell'obbligazione, riguarda cioè la struttura dell'obbligazione, nel senso che ad essere "gravata" è la *res*, non già il suo proprietario. La *res* costituisce quindi l'oggetto di una garanzia patrimoniale specifica a favore della p.a. A ben vedere, dunque, questa impostazione è coerente con la *voluntas legis* di non considerarlo responsabile.

Ecco dunque che se la rivalsa della p.a. è assistita da un onere reale, esso fa sì che l'obbligazione di ripristino gravi sulla *res*, in modo tale che la rivalsa sia esercitata direttamente sulla cosa, ossia sulla proprietà, non già sul proprietario. Ne deriva che l'onere reale consente di trasferire il costo economico del danno ambientale non sul proprietario ma sulla proprietà, ossia sulla *res* gravata. In tal modo il proprietario risponde solo indirettamente, in quanto titolare del diritto di proprietà.⁵⁸³

Riassumendo, in presenza di un illecito ambientale, la responsabilità ed il conseguente obbligo di ripristino grava sul soggetto che ha posto in essere la condotta. Qualora questi non sia individuato, graverà in prima battuta sulla p.a. (e dunque sulla collettività) salvo poi la rivalsa di questa sulla proprietà inquinata, nei limiti del suo valore.

A ben vedere, il rischio di tale operazione, è quello di fare in ultima analisi ricadere il costo del ripristino ambientale sulla collettività, posto che la p.a. recupera tale costo solo nei limiti di valore del bene inquinante/to. Ciò spiega il tentativo della giurisprudenza di fondare una responsabilità totale del proprietario non danneggiante al di fuori delle previsioni del Codice Ambiente, mediante un'operazione analogica e sistematica.

nel sistema della responsabilità ambientale, in *Colloqui in ricordo di M. Giorgianni*, Napoli, ESI, 2007, 977 e ss. *Contra* M. MELI, *Il principio "chi inquina paga" nel codice dell'ambiente*, in *Nicotra e Salanitro (a cura di), Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, cit., 81-82.

⁵⁸³ Sul punto si veda in particolare F. GIAMPIETRO, *Bonifica dei siti contaminati: obblighi e diritti del proprietario incolpevole nel T.U.A.*, nota a *Consiglio di Stato*, 5 settembre 2005, n. 4525, in *Ambiente e sviluppo*, 2007, 4, 281 e ss.

Per affermare una responsabilità diretta e totale del proprietario, in modo tale da sgravare la collettività, si è così proposta l'applicazione analogica dell'art. 2051 c.c., che prevede la responsabilità per custodia.⁵⁸⁴ Per tal via, il proprietario risponderebbe del danno ambientale in qualità di custode del sito, per l'effetto potrebbe dirsi aquilianamente responsabile, in particolare *ex art. 2051 c.c.* in modo tale che su di esso gravi un'obbligazione risarcitoria *in primis* in forma specifica e poi eventualmente per equivalente. Tale soluzione, prevedendo un obbligo di ripristino per il proprietario del sito, pur non avendo egli cagionato il danno, si pone in netto contrasto con il Codice Ambiente. Se, in altre parole, il proprietario non risarcisce in forma specifica, interviene la p.a. in via sostitutiva, e la primordiale obbligazione si trasforma in risarcimento per equivalente, dovendo per tal via rifondere alla p.a. per intero le spese resesi necessarie per il ripristino ambientale.

È evidente l'alterazione dell'assetto normativo del Codice Ambiente, secondo il quale l'obbligo di ripristino sussiste solo in capo al danneggiante e la rivalsa della p.a. è solo parziale, non già totale. Inoltre, l'art. 2051 c.c. per così com'è strutturato, prevede una responsabilità diretta ed integrale del proprietario.

La stessa Adunanza Plenaria poc'anzi richiamata esclude la bontà di una simile ricostruzione, criticandola principalmente per due ragioni: *in primis* osserva che affinché possa dirsi applicabile l'art. 2051 c.c. è necessario che il proprietario sia anche custode, ma il proprietario non può dirsi tale per il semplice fatto di essere "proprietario". La custodia non è infatti una qualità giuridico formale, ma fattuale e sostanziale. Deve infatti sussistere un potere di fatto sulla *res* che ne attribuisca il governo ed il controllo, e tale circostanza va verificata in concreto, caso per caso. Inoltre, innestare nel sistema della responsabilità ambientale l'art. 2051 c.c. significa porre in essere un'interpretazione analogica, ma essa presuppone una lacuna, che nel caso di specie manca.

Un secondo tentativo da parte della giurisprudenza è stato allora ricondurre la responsabilità del proprietario del sito ad una forma di responsabilità oggettiva.⁵⁸⁵ Se certamente all'interno del nostro ordinamento esistono forme di responsabilità

⁵⁸⁴ Di questo avviso anche BENOZZO, COMMENTO ALLA PARTE SESTA, IN GERMANÒ, ROOK BASILE, BRUNO E BENOZZO (a cura di), *La responsabilità oggettiva del danno ambientale nel Codice dell'ambiente, in Ambiente e sviluppo*, 2011, 10, 861-862. *contra* C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 738, il quale, con riferimento alla direttiva comunitaria, parla di un regime assimilabile a quello previsto dall'art. 2050 c.c. e non riconducibile alla responsabilità oggettiva.

⁵⁸⁵ Sul punto si veda I. NICOTRA, U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010, 107 e ss., secondo l'A. si verserebbe in una tipica ipotesi di responsabilità oggettiva.

oggettiva, che derogano alla struttura dell'art. 2043 c.c., e dunque se la premessa di tale ragionamento può essere accolta, invero le conclusioni non possono del pari condividersi.

Se certo il legislatore attraverso una serie di articoli (quali ad es. gli artt. da 2047 a 2054 c.c.) prevede forme derogatorie di responsabilità rispetto alla struttura dell'art. 2043 c.c., attraverso presunzioni di colpa, o escludendo la rilevanza dell'elemento soggettivo, o addirittura presupponendo l'esistenza del nesso causale, mai potrebbe spingersi sino ad escluderne *in toto* la sua rilevanza. È infatti incompatibile con il sistema della responsabilità civile una responsabilità da mera posizione che prescindendo dalla sussistenza del nesso causale.⁵⁸⁶

Inoltre, tutte le forme di responsabilità oggettiva, che prescindono dalla sussistenza dell'elemento soggettivo, ovvero quelle che lo presumono, derogando alla struttura tipica dell'art. 2043 c.c. devono essere - in quanto forme "speciali" di responsabilità - espressamente previste da apposite norme. La responsabilità oggettiva è infatti tipica. Tuttavia, nel Codice Ambiente non c'è una norma siffatta che preveda e contempli forme di responsabilità oggettiva in simili situazioni. E, ancorché si fosse prevista una responsabilità diretta ed integrale del proprietario, la stessa non sarebbe stata una responsabilità oggettiva, bensì una responsabilità da mera posizione, non avendo il proprietario cagionato o concorso a cagionare il danno, ma dovendo piuttosto rispondere per il semplice fatto di essere proprietario del sito inquinante/to.⁵⁸⁷

Il terzo tentativo in tal senso da parte della giurisprudenza è stato quello di richiamare l'art. 42 Cost., il quale comprimerebbe il diritto di proprietà alla luce della funzione sociale, in modo tale che il diritto di proprietà scatti un limite intrinseco. La norma non è meramente programmatica, bensì immediatamente precettiva. Tuttavia, si vorrebbe per tal ragione far discendere da essa immediatamente, senza cioè

⁵⁸⁶ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4561 e T.A.R. Piemonte, 12 febbraio 2011, n. 136, che sostiene che la responsabilità del proprietario andrebbe configurata come "una responsabilità "da posizione", non solo svincolata dai profili soggettivi del dolo o della colpa, ma che non richiede neppure l'apporto causale del proprietario responsabile al superamento o pericolo di superamento dei valori limite di contaminazione", ciò al fine di responsabilizzare chi ha un particolare legame e potere sulle aree contaminate o a rischio contaminazione.

⁵⁸⁷ In particolare, sulla natura della responsabilità in parola, si veda U. SALANITRO, *La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente*, cit., 681, il quale propende per inquadrare tale tipo di responsabilità, in particolare quella discendente dagli artt. 304 e ss., come responsabilità oggettiva, *contra* C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 738, il quale, con riferimento alla direttiva comunitaria, parla di un regime assimilabile a quello previsto dall'art. 2050 c.c. e non riconducibile alla responsabilità oggettiva. Per un approfondimento in punto di natura giuridica della responsabilità si veda U. SALANITRO, *Il risarcimento del danno all'ambiente: un confronto tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, 6, 948-949.

l'intermediazione di una legge positiva, un obbligo del proprietario di eliminare il danno e quindi di ripristino ambientale, proprio in ragione della funzione sociale della proprietà. In tal modo, prevedendo che il proprietario del sito “debba” eliminare il danno ambientale, se ne afferma implicitamente la sua responsabilità.

Posto dunque tale obbligo, qualora non elimini il danno, ma intervenga la p.a. in via sostitutiva, l'obbligo di ripristino si trasforma in obbligo di risarcimento per equivalente. Si altera ancora una volta quindi l'assetto normativo del Codice Ambiente, il quale prevede una semplice “facoltà” di eliminare il danno per il proprietario, non già un obbligo. Inoltre, così prevedendo, si trasla su questi interamente - non solo parzialmente -il costo economico del ripristino.

La critica che si è mossa a tale impostazione è stata quella di osservare che la norma di cui all'art. 42 Cost., deve essere letta in combinato disposto con l'art. 23 Cost., secondo il quale nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Ne deriva che per imporre al proprietario una prestazione di *facere, sub specie* di obbligo di ripristino ambientale, serve comunque l'intermediazione di una norma di legge, ancorché si intenda l'art. 42 Cost. in modo programmatico.

In conclusione, sulla base del quadro normativo delineato dal Codice Ambiente, la responsabilità per il danno ambientale grava sul danneggiante che risponde per intero, il proprietario risponde solo nei limiti del valore della cosa di sua proprietà, e solo qualora il soggetto danneggiante non sia individuato, ma su di esso non grava né un obbligo di ripristino né di risarcimento del danno per equivalente.

Ciò posto, se questo è il sistema italiano innanzi alla fattispecie poc'anzi esposta, la stessa Adunanza Plenaria, nel ricostruire il quadro normativo della responsabilità ambientale, criticando le tendenze giurisprudenziali sopra descritte, dubita della compatibilità della normativa interna con il quadro normativo dell'Unione Europea, attuativo di una serie di principi in materia ambientale.

In particolare, esso prevede il principio del “chi inquina paga”, il “principio di precauzione”, il “principio di prevenzione” ed il “principio di correzione alla fonte del danno ambientale”.⁵⁸⁸ Tali principi sono scolpiti all'art. 267 TFUE, norma alla quale si

⁵⁸⁸ Per un approfondimento sistematico del principio di precauzione nella responsabilità civile, con particolare riferimento all'attività di emotrasfusione si veda U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile: analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Padova, 2004, 11 e ss. L'A. conferma la nascita sovranazionale del principio in parola, “Il Trattato Unico Europeo coronò questo impegno, collocando fra i fondamenti della politica ambientale comunitaria ciò che il secondo comma del suo art. 130 R - in un testo che nella risistemazione seguita al Trattato di Amsterdam si riposiziona nel secondo comma dell'art. 174 CE - esplicitamente definisce il “principio della precauzione”. [...]. Invero,

è data attuazione attraverso la Direttiva 2004 – 35 CE.⁵⁸⁹ È in particolare il principio del “chi inquina paga” che fa dubitare della compatibilità del quadro nazionale con la normativa UE, posto che esso prevede la responsabilità del danneggiante ma esclude la responsabilità del proprietario.⁵⁹⁰ La questione di fondo è se il principio in parola possa e debba far discendere una responsabilità anche in capo al proprietario del sito inquinante/to. Per rispondere a tale quesito serve chiarire la *ratio* e la funzione del principio.

La *ratio* del principio è quella di sollevare la collettività del danno ambientale, trasferendolo su un soggetto diverso da essa ancorché non responsabile.⁵⁹¹ Ciò si giustificerebbe sulla base della funzione del principio, che è una funzione preventiva, posto che si vogliono porre le conseguenze del danno ambientale in capo al soggetto che

come osserva l’A., il principio seppure nato in ambito ambientale, ha trovato poi sicuro terreno fertile anche nel campo della salute. L’A. osserva infatti come “occorre subito evidenziare le sorti, davvero qui magnifiche e progressive, che quest’ultimo ha conosciuto quando si è trattato di decidere se l’invocabilità del PP fosse destinata a rimanere confinata nell’ambito tematico originario (rilevantissimo e tuttavia circoscritto) della protezione ambientale o se invece il principio potesse estendere le sue ali precettive nel campo della tutela della salute, anche quando questa invocazione non riguardi una tematica primariamente ambientale. Nonostante la sua isolata e circoscritta menzione nel Trattato, in pochi anni è divenuto chiaro che le Corti e le istituzioni europee avrebbero fermamente sposato quest’ultima ipotesi”.

⁵⁸⁹ Si legge testualmente nella direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale che, in base al principio “chi inquina paga”, “l’operatore che provoca un danno ambientale o è all’origine di una minaccia imminente di tale danno dovrebbe di massima sostenere il costo delle necessarie misure di prevenzione o di riparazione” (considerando n. 18).

⁵⁹⁰ In particolare, il concetto menzionato ha fatto ingresso nel nostro ordinamento, o meglio lo stesso è stato attuato per il tramite dell’art 18 della legge n. 349/1986 dispone che: 1. Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l’ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l’autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato. 2. Per la materia di cui al precedente comma 1 la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, ferma quella della Corte dei Conti, di cui all’art. 22 del D.p.r. 10 gennaio 1957. n. 3. 3. L’azione di risarcimento del danno ambientale, anche se esercitata in sede penale, è promossa dallo Stato, nonché dagli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo. 4. Le associazioni di cui al precedente art. 13 e i cittadini, al fine di sollecitare l’esercizio dell’azione da parte dei soggetti legittimati possono denunciare i fatti lesivi di beni ambientali dei quali siano a conoscenza. 5. Le associazioni individuate in base all’art. 13 della presente legge possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l’annullamento di atti illegittimi. 6. Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l’ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali. 7. Nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità individuale. 8. Il giudice, nella sentenza di condanna, dispone, ove possibile, il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile.

⁵⁹¹ Si veda sul punto M. MELI, *Il principio “chi inquina paga” nel codice dell’ambiente*, in I. NICOTRA e U. SALANITRO (a cura di), *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010, 151 ss., la quale sostiene che “l’impiego della responsabilità civile appare, in effetti, non soltanto possibile ma, altresì, doveroso, se si intende trasporre il modello economico sul piano della concreta gestione dei problemi ambientali, e ciò anche con riferimento all’inquinamento continuo”.

lo ha cagionato: chi esercita un'attività e cagiona un danno ne deve rispondere, in modo tale da internalizzare i costi economici del danno ambientale. Tra i costi dell'attività il soggetto deve in altre parole considerare eventuali costi di ripristino ambientale.

Ne deriva allora che la funzione della traslazione del costo economico è di natura "preventiva" di modo tale che per evitare di pagare il danno ambientale si eviterà di cagionarlo. Tale funzione preventiva induce a ritenere che l'ambito applicativo del principio "chi inquina paga" sia quello volto a limitare il costo economico sul danneggiante. Accanto a questa funzione preventiva, il principio in parola ne svolge anche una repressiva in modo tale da imporre al danneggiante di eliminare le conseguenze dannose cagionate.

Se questa è la funzione del principio, è allora evidente che esso si applica solo nei confronti del soggetto che ha cagionato il danno ambientale, che ha posto cioè in essere la condotta da reprimere. Quindi il campo applicativo del principio è limitato al solo soggetto che ha cagionato il danno ambientale. Qualora il proprietario non coincida con esso, non dovrebbe avere alcun obbligo di ripristino. È dunque la stessa funzione repressiva del principio che ne individua il campo di applicazione, escludendo che possa andare a sanzionarsi il soggetto non responsabile, e dunque escludendo che il proprietario, qualora non sia anche danneggiante, sia chiamato ad un obbligo di ripristino. Ne deriva che il principio, per così com'è strutturato, non impone alcun obbligo giuridico di riconoscere una responsabilità in capo al proprietario non danneggiante, e di conseguenza, la normativa italiana può dirsi conforme all'assetto europeo.

Del resto, tale conclusione è confermata dalla normativa di attuazione dell'art. 8 Direttiva 35/CE del 2004 la quale esclude la responsabilità del proprietario in materia ambientale, qualora il relativo danno sia stato cagionato da un terzo ovvero nonostante l'adozione delle necessarie misure di sicurezza preventive. Si evidenzia dunque che tale normativa sta senza dubbio dando rilievo al nesso causale tra l'inadempimento del precetto legale ed il danno, di conseguenza se può certo parlarsi in taluni casi di responsabilità oggettiva, giammai può darsi una responsabilità da mera posizione, la quale sarebbe sussistente a prescindere dal nesso eziologico, per il semplice fatto di essere proprietario del sito.

Da ciò ne deriva che il presupposto necessario affinché possa configurarsi una responsabilità ambientale è l'individuazione di un soggetto che possa qualificarsi come responsabile di tale danno, qualora non sussista, esso dovrà essere sopportato

solidaristicamente dall'intera collettività per una parte, ed altrettanto solidaristicamente dal proprietario del sito nei limiti però del valore del bene, in ragione del fatto che non può dirsi responsabile sulla base di una mera qualifica giuridica di "proprietario" del bene cagionante il danno. Tale previsione normativa è del resto conforme a quella prevista dell'Unione Europea, e dunque in alcun modo censurabile dal tentativo di far rispondere un soggetto per mera posizione attraverso un'interpretazione analogica che si porrebbe in contrasto non solo con la funzione, bensì anche con la struttura della responsabilità aquiliana.

CONCLUSIONI

Tirando le fila del discorso, si è visto come da un sistema di responsabilità civile - tutto volto ad allargare la tutela risarcitoria per la vittima, impegnato a salvare la costituzionalità dell'inadeguato sistema di risarcimento del danno non patrimoniale per mezzo dell'art. 2 Cost., nonché a scorgere nuove situazioni giuridiche risarcibili - si è giunti ad una netta inversione di tendenza, tutta contenitiva, che, per usare un'espressione della Consulta, è giustificata da "superiori esigenze" di sistema. Il sistema, in altre parole, per evitare di collassare su sé stesso, finendo con l'attuare un rimedio peggiore del male, ossia finendo per negare completamente il risarcimento alla vittima, anziché sconfinare nella meno grave violazione del principio di integrale riparazione del danno, ha fatto dietro front.

Lo si riscopre oggi tutto volto ad attuare e giustificare tendenze contenitive al fine di salvaguardare ora l'iniziativa economica privata, ora i costi dei premi assicurativi, ora non meglio definite superiori esigenze di sistema. In ogni caso, quale che sia la giustificazione di questo *reverse trend*, è evidente che lo si è avuto per mezzo di una giustificazione sociale, ossia spiegando alla società che sono in qualche modo "finiti i tempi d'oro" della risarcibilità del nostro amato "colpo di frusta".

Sotto il primo profilo "espansivo", si è visto come le innovazioni legislative e giurisprudenziali che negli anni si sono susseguite, permettono forse di poter parlare di una "nuova responsabilità civile". Talmente nuova che ad oggi si può dire già superata da questa primordiale tendenza contenitiva che si sta, lo si ripete, nemmeno tanto timidamente facendo largo, attuata proprio per il tramite dell'influenza dei principi costituzionali, primo tra tutti, appunto, l'art 2 Cost.⁵⁹²

La linea di fondo sottesa a tali nuovi indirizzi, è stata la constatazione della necessità di dare maggiore attenzione alle ragioni della vittima del danno, rispetto a quelle di colui che è chiamato a risponderne, e tale bilanciamento pervade l'idea stessa di ingiustizia. Il principio liberale secondo il quale il danno deve rimanere in capo a chi lo subisce tutte le volte in cui non vi siano buone ragioni per trasferirlo in capo ad un

⁵⁹² C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., 93 e ss., secondo I.A. "Ricorrendo ai principi costituzionali, la giurisprudenza ha completamente riscritto il titolo IX del libro IV del Codice Civile: immutate nel contenuto letterale, le regole della responsabilità civile sono state progressivamente interpretate secondo criteri sempre più divergenti dall'impostazione tradizionale. [...] Gli interventi legislativi sono stati invece, in questo campo, settoriali, spesso pasticciati."

nuovo soggetto, è messo in discussione proprio alla luce dell'art. 2 Cost.⁵⁹³ Ecco che per l'effetto, l'intero sistema strutturale della responsabilità civile è stato riconsiderato: abbiamo visto come sia cambiata la nozione di danno ingiusto, intriso di quella solidarietà in un primo tempo, appunto, espansiva. Si è sganciata l'ingiustizia dalla sola lesione della proprietà ed ai diritti assoluti e la si è accostata alla lesione del credito ed all'interesse legittimo.

Oggi la valutazione di ingiustizia avviene, come visto, attraverso la comparazione tra l'interesse della vittima, e quello del soggetto che deve rispondere del danno. Si è rivisitato l'art. 2059 c.c. e se ne sono allargate le maglie al di fuori dei "casi determinati dalla legge", purché appunto suscettibili nel catalogo aperto di cui all'art. 2 Cost.

Si è negato alla colpa (talvolta difficile da provare e troppo "contenitiva") il ruolo di principio ordinatore e si è dato spazio alla valorizzazione dell'imputazione a titolo oggettivo, soprattutto per le attività di impresa. Si è fatto ricorso ai principi costituzionali per l'integrazione delle clausole generali, permettendo che la buona fede riletta solidaristicamente possa integrare il contenuto degli obblighi posti a carico delle parti.

Si è perfino giunti a sostenere, come visto, che il catalogo dei diritti inviolabili della persona è aperto: in base all'art. 2 Cost. spetta all'interprete "valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano di rango costituzionale, attenendo a posizioni inviolabili della persona umana".⁵⁹⁴ Le norme costituzionali, specie l'art. 32 Cost., sono state poste a fondamento di una sorta di "de-economicizzazione" della salute come bene giuridico,⁵⁹⁵ che ha portato ad una nuova idea del diritto alla salute come situazione soggettiva essenzialmente non patrimoniale, epurata dalla capacità di produrre reddito del soggetto.

Per effetto dell'influenza delle norme sovranazionali, si è arrivati ad ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione della proprietà, evocando il dubbio che la proprietà sia un diritto inviolabile, posto che alla stessa viene accordata una tutela non patrimoniale.

Quando però l'analisi costi e benefici della proliferazione della tutela risarcitoria e, forse, della talvolta eccessiva tutela accordata alla vittima del tacco della scarpa rotto, inizia ad evidenziare il pericolo che il sistema possa collassare su sé stesso, si è

⁵⁹³ C. SALVI, Id., 93, il quale sottolinea "il rilievo preminente che la Costituzione assegna ai valori personali rispetto a quelli patrimoniali".

⁵⁹⁴ Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2011, n. 450.

⁵⁹⁵ C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., 107 e ss.

inaugurata una tendenza “contenitiva” che segna per vero non solo il campo della responsabilità civile, per il tramite della questione di legittimità costituzionale sollevata sulle micro-permanenti, ma, come si è avuto modo di vedere, anche quello della responsabilità penale attraverso l’introduzione dell’art. 131 *bis* c.p. e quello della responsabilità amministrativa.

Ciò che è per vero non così paradossale, data l’ambiguità dell’art. 2 Cost. nell’individuare la reale portata ed i suoi ontologici significati evidenziati, è che alla base di entrambe le tendenze si ritrova un dato costituzionale comune, che è appunto quello del principio di solidarietà. Viene allora da interrogarsi circa l’utilizzo dello stesso in siffatte direzioni opposte, per giustificare altrettanti cambi di tendenza. Da tale *trend*, si possono certo scorgere sia aspetti positivi che negativi, che in questa parte conclusiva del lavoro si vuole evidenziare.

Per quel che concerne gli aspetti positivi, vi è sicuramente da considerare che talvolta, il richiamo al principio generale garantisce una certa “flessibilità” del sistema, e soddisfa quelle esigenze di proporzionalità ed equilibrio che applicando il rigido dettato normativo non si possono raggiungere. Ne è un esempio quanto detto a proposito del ruolo della solidarietà quale filtro “bagatellare” nella quantificazione del danno non patrimoniale, sia esso contrattuale o extracontrattuale, o ancora, quanto evidenziato nelle ipotesi di responsabilità per danno ambientale per quel che concerne la (non) responsabilità del proprietario del sito inquinante.

È evidente che il diritto, non riuscendo a stare al passo con le evoluzioni del sentire sociale, nonché, del pari, con le esigenze della collettività, abbisogna di “clausole elastiche” che permettano al giudice di adattare il dato normativo positivo alle esigenze del caso concreto. Di qui l’assoluta ed indiscussa importanza dei principi e delle clausole generali, quali la buona fede e la correttezza, lo stesso concetto di ingiustizia del danno, la diligenza, l’ordine pubblico e, appunto la solidarietà sociale.

Le clausole generali costituiscono delle particolari norme, chiamate “norme in bianco”, appunto per la loro portata vaga, generica, elastica in modo tale da permettere all’organo giudicante di interpretare il dato normativo in chiave evolutiva, e del pari all’ordinamento di evolvere nonché di colmare talune lacune normative, talvolta per loro natura strutturali. Il loro operare, inoltre, permette un raccordo tra la norma positiva ed i valori etico – sociali.

Se può dirsi evidente un loro crescente utilizzo, tanto che si è parlato di vera e propria “fuga” verso di esse, ciò è dovuto, più che ad una incapacità del legislatore di

normare in modo puntuale, ad una necessità di far fronte alla crescente complessità della realtà contemporanea, che rende difficile, se non impossibile, il ricorso alla classica fattispecie. Sono essenzialmente tre le cause che hanno portato a tale fenomeno: in primo luogo il sempre crescente tecnicismo della normativa, molto spesso di settore, anche a causa dell'influenza delle fonti sovranazionali. In secondo luogo l'impossibilità di creare - talvolta - norme di carattere prescrittivo, e per ciò sostituite con norme descrittive che richiedono all'interprete un "adattamento" al caso concreto (si pensi alla normativa in materia di famiglia, ad esempio il concetto di "interesse dei figli"). In terzo luogo, l'esigenza di demandare al giudice quei giudizi di valore all'esito di un bilanciamento di interessi che non può essere eluso, pena l'esito sproporzionato o ingiusto della decisione giudiziale. Decisione che, per l'effetto delle clausole generali, non è più (e non può esserlo) basata sul classico sillogismo giudiziale, che richiede certo una puntualità descrittiva e precettiva del dato normativo, bensì appunto si basa su un giudizio di valore legittimato, autorizzato ed imposto proprio dalla clausola volutamente formulata in via generale.⁵⁹⁶

Se ciò certamente incide in termini negativi sulla certezza del diritto, è del pari necessario al fine di adattare l'ordinamento giuridico al mutare rapido della realtà sociale. Come a dire, dei due mali, si sceglie il minore.

Non è peraltro unanimemente condivisa la distinzione tra la clausola generale e il "concetto giuridico indeterminato". Quest'ultimi, a differenza delle prime, sarebbero privi di giudizi di valore, pertanto verrebbero "riempiti" secondo un contenuto neutro. Sarebbe riferibili ad essi il concetto stesso di danno ingiusto, la colpa grave, l'interesse del minore. Inoltre, solo le clausole generali verrebbero utilizzate con una funzione "correttiva" al fine di assicurare l'ammodernamento dell'ordinamento giuridico.

Ciò posto, la clausola di solidarietà non sembrerebbe riconducibile ad alcuna di queste due categorie, seppure abbia la funzione in qualche modo "correttiva" tipica delle clausole generali, essa infatti riveste un ruolo ancora più cruciale: è un vero e proprio principio generale, che costituisce il nocciolo duro dei diritti fondamentali che non possono essere scalfiti nemmeno dall'ordinamento sovranazionale, gerarchicamente superiore anche alla Costituzione. Si è visto infatti come essa funga da vero e proprio controlimito non solo per la CEDU, bensì anche per l'ordinamento europeo.

⁵⁹⁶ M. ORLANDI, *Diritto e metodo*, Città del Vaticano, 2014, il quale analizza la problematica, con specifico riferimento al sistema delle fonti.

Del resto, il fatto che per il tramite di questa il giudice in qualche modo compia un giudizio di valore, oltre che talvolta necessario, atto in qualche modo a “selezionare” gli illeciti o a definire cosa sia veramente tale, non è completamente estraneo all’ordinamento. Si pensi al vaglio circa l’offensività che il giudice penale compie in sede di verifica della tipicità della condotta rispetto alla fattispecie astratta. Anche in tali casi il legislatore demanda al giudice una verifica in concreto circa l’effettiva offensività, non accontentandosi di una previsione solo astratta, in modo tale da adattare la fattispecie astratta al caso concreto.

Di talché potrebbe verificarsi che seppure la condotta integra quella descritta dalla fattispecie astratta, tuttavia non può dirsi tipica (e dunque punibile) in quanto in concreto non offensiva. Tale giudizio non è posto in essere con l’intento di contraddire la *voluntas legis* in merito alla decisione di punire una certa condotta che in astratto è offensiva, ma semplicemente vi è sottesa la volontà di rendere in qualche modo flessibile il sistema a seconda delle circostanze che si sono in concreto verificate, al fine di punire solo quelle condotte realmente offensive e dunque selezionare quelle meritevoli di sanzione. Si è detto che tale giudizio non rappresenta un passaggio “ulteriore” rispetto alla verifica della tipicità che il legislatore compie a monte, ma demanda al giudice di verificare a valle, bensì una verifica che il giudice deve necessariamente fare nell’ambito della verifica circa la tipicità della fattispecie, di modo tale che un fatto per essere tipico debba essere necessariamente anche offensivo.

L’offensività, entrando dunque nella tipicità, permette il rispetto del principio di separazione dei poteri posto che il giudice si limita a verificare la sola tipicità della fattispecie seppure essa comprenda (l’ulteriore) verifica circa l’offensività. Ciò non significa dare al giudice un potere eccessivo, come taluni hanno sostenuto, ma permettere di bilanciare l’incisione penale, che per l’appunto dovrebbe essere solo l’*extrema ratio*, con la tutela del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, di modo tale che il soggetto venga punito per ciò che ha fatto effettivamente, e solo se ciò che ha fatto è effettivamente offensivo.

In entrambi i casi, sia con riferimento al vaglio di cui all’art. 2 Cost., sia con riferimento a quello in merito all’offensività, se è innegabile l’esigenza di adattamento a valle del sistema poc’anzi descritta, ci si deve del pari, però, interrogare circa l’effettività dell’ordinamento giuridico. È innegabile che vi sia sottesa una discrezionalità giudiziale nell’interpretazione – applicazione che il giudice è chiamato a compiere, insita nell’un caso nella presenza di una clausola generale (se a queste la

vogliamo ricondurre) nell'altro caso in un principio generale ricavabile dagli artt. 13, 25, 27 Cost. Ciò pur intaccando l'effettività dell'ordinamento, non ci consente, almeno in potenza, di affermare che il giudice abbia travalicato i suoi poteri tutte le volte in cui egli dia una motivazione ragionevole e controllabile alla scelta (seppur discrezionale) compiuta, basandola in ultima analisi su norme, principi, fonti secondarie del sistema normativo interno, ovvero su norme o pronunce giurisdizionali di quello sovranazionale. Affinché ciò si verifichi è necessario che l'argomentazione logica sottesa alla decisione giudiziale si basi su un ragionamento sistematico, che non si limiti cioè a richiamare la clausola dell'art. 2 Cost. *tout court*, ma ponendola solo quale rafforzativo di un ragionamento sillogistico svolto attraverso le fonti positive dell'ordinamento, alle quali può certo essere data un'interpretazione evolutiva, grazie al principio solidaristico, di modo tale che essa rappresenti il substrato per l'interpretazione costituzionalmente orientata. È tale anche il richiamo all'art. 117 Cost. nonché l'art. 11 Cost. per quel che concerne l'ordinamento europeo, e l'art. 3 Cost. in combinato disposto con il 117 Cost. per quel che concerne la CEDU. Tutti permettono un'evoluzione del sistema che, altrimenti, rimarrebbe "intrappolato" nel rigido formalismo interno.

Del resto, se non si permettesse al giudice di compiere un'interpretazione costituzionalmente orientata ovvero convenzionalmente orientata o unionalmente orientata, il sistema giuridico rimarrebbe rigido e chiuso in sé stesso, certo con il pregio della certezza giuridica, a discapito però dell'evoluzione sociale e normativa.⁵⁹⁷

Se ciò è certamente da salvaguardare, vi è del pari però l'esigenza di contenere questo "potere giudiziale": il punto di equilibrio sta proprio nel permettere, ma entro certi limiti, tale processo di reinterpretazione evolutiva del diritto, cercando di salvaguardare il più possibile la prevedibilità della decisione giudiziale e l'effettività della norma positiva. La decisione giudiziale deve pertanto porsi in linea con il diritto vivente e deve in qualche modo riflettere le considerazioni innovative o tradizionali della dottrina sul punto, in modo tale da amalgamare l'intero sistema giuridico e non dare al giudice un eccessivo potere discrezionale che rischia di tradursi - se lasciato "libero" - in mero arbitrio.

⁵⁹⁷ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, 7 e ss., Ove si cita N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, 40 "uno spostamento dell'orientamento sociale di fondo che fa sì che le decisioni possano essere giustificate non più mediante collaudati elementi preesistenti di natura normativa o fattuale ma, in definitiva, mediante le conseguenze"; ma si veda anche L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 100 e ss. Sul punto si veda anche l'interessante contributo di L. NIVARRA, *A proposito di Eclissi del diritto civile*, in *Europa e dir. priv.*, n. 4/2016, 1187 e ss.

Del resto, un eventuale sindacato sulla decisione giudiziale, scaturita all'esito del processo di interpretazione – applicazione delle clausole generali più che essere sindacabile nei termini di legittimità sillogistica, dovrebbe dirsi sindacabile sotto i margini della “plausibilità” ovvero della ragionevolezza. Si è infatti detto, da parte dei processualisti, che l'eventuale contestazione della decisione giudiziale che faccia applicazione di una clausola generale, rientri nel vizio di violazione di legge, non già nel difetto di motivazione, come altri invece sostengono.

È inoltre innegabile che si è passati da un rapporto di dipendenza della giurisdizione rispetto alla legislazione ad un primato della prima sulla seconda, forse anche per effetto del confronto in sede di Unione Europea, dove vige per molti paesi la regola del precedente vincolante, e dunque dove si erige a baluardo la giurisprudenza con chiara funzione normativa. La stessa CEDU riferendosi al concetto di “law” nel suo art. 7, rimanda al formante positivo ma anche a quello giurisprudenziale, indistintamente, ed è innegabile che sia stato proprio questo il punto che ha permesso alle fonti sovranazionali di innovare l'ordinamento interno nel suo concetto di legalità, già presente ma circoscritto alla sola legge positiva, con la conseguenza che per l'effetto si è dovuta garantire positivamente la prevedibilità dei mutamenti giurisprudenziali al fine di salvaguardare il principio di legalità.

In ciò emerge lo scetticismo della dottrina per tale fenomeno, la quale osserva che il giudice si preoccuperebbe non già di tradurre la norma all'interno del caso concreto, bensì maggiormente di confermare una decisione che, per effetto dell'operare dell'art. 2 Cost., verrebbe maturata e concepita quasi a prescindere dal dato legislativo. Se ciò è certamente “allarmante”, vi è da considerare che talvolta, ma questo non può fungere da giustificazione per porre in essere a prescindere una decisione giudiziale fondata sul solo articolo della Costituzione, il richiamo ai principi costituzionali, quali appunto l'art. 2 Cost., permette di uscire da un'*impasse* che altrimenti non avrebbe via d'uscita, stante la carenza di riferimenti normativi positivi atti a risolvere la patologia giuridica.

Utilizzare però la Costituzione quale unica norma alla base del ragionamento giuridico ha talvolta portato ad un “semplicismo decisionale” che ha innescato l'idea che, essendo la Costituzione una norma fondamentale - e dunque regola prioritaria rispetto alle altre fonti - il suo rispetto sia sufficiente per legittimare la decisione, seppur in contrasto con la legge ordinaria.

A ciò si aggiunga che molte norme costituzionali - per come sono formulate - sono caratterizzate da una consistenza legislativa per così dire “rarefatta” e questo ha favorito

ancora di più il richiamo ad essa per applicazioni *ab origine* assolutamente impensabili rispetto al momento in cui la Carta Fondamentale è stata creata. Basti considerare al riguardo proprio l'evoluzione semantica del concetto di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., in origine pensata per calare l'individuo nella socialità collettiva, e oggi utilizzata quale fonte di doveri di solidarietà nei rapporti tra privati. L'effetto è quello di un mutamento radicale nel modo di concepire la regola di diritto. Se talvolta questo è pregevole, qualora sia in qualche modo confermato dal dato positivo posto all'interno del ragionamento sillogistico – evolutivo, altre volte pare autolegittimare scelte in controtendenza, seppure mosse da esigenze sociali di pari rango. Si pensi alla limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale per le lesioni micro-permanenti, dove la necessità di tutelare il soggetto danneggiato garantendogli l'integralità del risarcimento è stata bilanciata con le esigenze sociali di "pari" rango, che richiedono di mantenere bassi i costi assicurativi e cercare di frenare la medicina difensiva.

Se certamente può dirsi socialmente giustificabile una simile decisione, essa si pone innegabilmente in attrito con il dato normativo positivo nonché con taluni principi, primo tra tutti quello di integrale riparazione del danno. Tuttavia, se solo si considerano i risvolti negativi che l'assenza di tale presa di posizione da parte della Corte Costituzionale avrebbe con il tempo (neanche troppo lontano) provocato, non si può che concludere con l'approvare un simile intervento nell'ottica tanto del sistema assicurativo, quanto in quella di contenere la medicina difensiva, quasi a dire dei due mali si è scelto ancora una volta il minore, ossia la lesione del principio di integrale riparazione del danno, imponendo al danneggiato di sopportarne una parte solidaristicamente ma garantendogli, per contro, un risarcimento e l'effettiva tutela della salute, scongiurando appunto una medicina difensiva astensionistica.

Del resto, questa idea di rendere in qualche modo il sistema "giusto", è la preoccupazione di ogni ordinamento giuridico, e la si ritrova, anche all'interno del nostro sistema, non solo in ambito extracontrattuale, bensì anche in ambito contrattuale. Oltre alla lesione della salute per effetto di un illecito extracontrattuale (o anche contrattuale grazie alle Sezioni Unite 2008) che ad oggi ha ristretto - come poc'anzi evidenziato - le maglie della tutela risarcitoria, lo stesso fenomeno si ha anche in campo contrattuale. Anche in quest'ambito si sente l'idea di rendere in qualche modo "giusto" il sistema, introducendo principi costituzionali o clausole generali *ad adiuvandum* rispetto alla norma positiva che si disinteressa di tali problemi, ovvero li ritiene in nuce

inesistenti: se infatti in un primo momento si è ritenuto che per il Codice Civile le parti che contrattano, essendo in parità di forze, non possono che concludere un contratto “giusto”, naturalmente equilibrato, posto che nessuna delle due ragionevolmente essendo libera di scegliere con parità di forza contrattuale, stipulerebbe un contratto per lei svantaggioso, successivamente si è preso atto che in realtà anche le parti del Codice Civile potrebbero non essere in una situazione di perfetto equilibrio.

Se quindi in un primo momento il legislatore non si è preoccupato di dare alle parti degli strumenti per rinegoziare a prescindere da patologie contrattuali (quali lo stato di pericolo ovvero di bisogno), successivamente la giurisprudenza, ma con lei la dottrina, ha dovuto prenderne atto ammettendo, con non poche criticità, che il giudice possa mettere mano al contratto, certo a discapito dell'autonomia contrattuale prima intangibile, al fine del suo riequilibrio. Ma ciò non è possibile sulla base della legge positivizzata nel c.c., proprio perché ci si illudeva di avere di fronte due parti effettivamente in posizione di parità di forza.

Di conseguenza si legittima pian piano un potere del giudice di intervenire al fine di riequilibrare il rapporto delle parti sul piano dei diritti e dei doveri reciproci. Ciò, se si pensa, non è del tutto estraneo all'ordinamento giuridico. Basti considerare il meccanismo sotteso al principio di auto-responsabilità di cui all'art. 1227 c.c., operante sia in campo contrattuale che extracontrattuale, che permette al giudice di bilanciare, in sede di quantificazione del danno, l'eventuale concorso di responsabilità del soggetto danneggiato, al fine appunto di rendere il sistema “giusto”, elidendo una parte del risarcimento che la vittima non merita per effetto di una sua responsabilità. Il problema è che tale meccanismo è oggi legittimato anche per sopravvenienze del tutto oggettive rispetto alla responsabilità delle parti.

Gli strumenti che hanno permesso al giudice tale processo “riequilibrante” sono da un lato la solidarietà, sottesa al concetto stesso di “buona fede” ed “abuso del diritto”, dall'altro l'istituto della causa in concreto. Tutto ciò mette in evidenza la preoccupazione che prima si manifestava: non si può pensare di ritenere che la giurisdizione sia pura parafrasi della legge, e quindi il giudice sia solo “bocca della legge”, tuttavia si può esigere che quando la giurisprudenza manifesta i propri atteggiamenti creativi, lo faccia seguendo e rispettando i canoni dell'interpretazione giuridica.

È certamente legittima (e talvolta necessaria) la creazione del diritto da parte della giurisprudenza, ma quando l'argomentare si limita ad essere un puro affermare, anziché

procedere con una reale argomentazione e giustificazione, allora questo non può essere accettabile.

Si deve infatti considerare che la giurisprudenza deve rimanere legata al testo normativo, non nel senso che questo ha uno ed un solo significato, ma nel senso che il testo normativo, seppure costituzionalmente interpretato in senso innovativo, deve comunque seguire un processo per così dire circolare: deve partire dal testo, per ritornarvi seppure dopo un'interpretazione passante per il principio costituzionale. Ciò in quanto, qualora si seguisse il solo principio costituzionale vi è il rischio di porre in essere non già una decisione innovativa rispetto al dato normativo, bensì una decisione "alternativa" ad esso, e dunque non ammissibile in virtù del principio di separazione dei poteri.

Quest'ultimo principio non deve essere visto in modo rigido, ma come un'occasione di collaborazione reciproca. Talvolta non è proprio così, dato che la legge si sostituisce alla giurisprudenza e quest'ultima si sostituisce talvolta alla prima. Si pensi in un caso all'estensione per via giurisprudenziale di norme giuridiche che nella loro formulazione letterale escluderebbero talune opzioni, e parimenti taluni interventi legislativi che incidono su prassi giurisprudenziali ormai consolidatisi: basti pensare al riguardo al Decreto Balduzzi, e da ultimo alla Legge Gelli in materia di responsabilità medica: con un semplice intervento normativo si sono cancellati anni di orientamento giurisprudenziale "granitico" sulla natura contrattuale da contatto sociale della responsabilità del medico.⁵⁹⁸ Ci dovrebbe quindi essere una maggiore collaborazione tra legge, giurisprudenza, e dottrina. Serve addivenire ad un momento di coesione, e ritrovare l'unità nell'ordinamento giuridico. È certo. C'è una crisi della razionalità giuridica, forse come conseguenza della crisi della razionalità europea.

Evidenziate pertanto le criticità ma anche i pregi dell'operare del principio di solidarietà e più in generale dell'operare dei principi costituzionali e delle clausole generali, dall'analisi condotta emerge dunque una timida tendenza inversa insita nell'ordinamento. Si è visto come da una prima tendenza espansiva, grazie all'operare del principio di cui all'art. 2 Cost. in sede di quantificazione del danno, che permea, come detto, il concetto stesso di "danno ingiusto" si è passati ad un sistema che cerca di

⁵⁹⁸ In particolare sul punto si veda G. IANNI, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale: in particolare, la responsabilità per danni cagionati in occasione del parto e il c.d. "danno da nascita indesiderata", la c.d. Riforma Balduzzi*, in www.ilcaso.it; sul punto F. Martini, *Legge Balduzzi, come cambia (e se cambia) la responsabilità sanitaria*, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, 2012, San Marino, 11 ss.

arginare gli eccessi della tutela risarcitoria.⁵⁹⁹ Oltre ai tradizionali filtri normativi posti agli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c., la solidarietà funge da “ulteriore criterio selettivo” ai fini non solo della quantificazione, ma ancora prima dell’individuazione dei danni risarcibili. Se cioè in un primo tempo essa ha permesso di aprire il catalogo di questi ai diritti inviolabili, grazie anche all’influenza della CEDU, parallelamente ha subito circoscritto il fenomeno prevedendo la c.d. clausola bagatellare. Se però in un primo momento la tendenza del sistema era tutta espansiva, volta cioè ad allargare le maglie del risarcimento, seguita da un timido tentativo di contenere il fenomeno, successivamente divenuto “incontrollabile”, con effetti talvolta paradossali, si è sentita l’esigenza, ancora timida, di riconsiderare il tutto, iniziando a delinearsi una controtendenza restrittiva. Tale tendenza è confermata, come visto, in primo luogo con riferimento alla funzione della responsabilità civile ed in particolare con i danni punitivi: seppure escludendo che la responsabilità civile abbia quale primaria funzione quella di sanzionare, tuttavia la stessa è insita nel concetto stesso di danno ingiusto, e talvolta per l’effetto ne deriva un fenomeno di overcompensation per la vittima dell’illecito in funzione deterrente rispetto alla commissione dell’illecito, tutte le volte in cui il semplice risarcimento non scoraggia la vittima dal porlo in essere.

Questo è un nitido esempio di come il sistema stia cercando di proteggere la vittima, forzando in qualche modo i principi insiti al suo interno. È chiara la matrice solidaristica dell’intervento di dottrina e giurisprudenza, volto a scoraggiare che il danneggiante possa arricchirsi per effetto del danno inferto alla vittima, e così che il primo possa comunque trovare conveniente dover risarcire a fronte del guadagno che ne deriva comunque dalla lesione (effettiva o anche solo potenziale) della seconda. Di qui

⁵⁹⁹ In particolare, per ben comprendere lo statuto della colpa, si veda l’interessante contributo di M. BARCELLONA, *Trattato breve della responsabilità civile*, Torino, 2011, il quale ha ricostruito la struttura della colpa in tre diversi stadi, nei quali il primo “è costituito dalla ricostruzione del rischio di cui il danno costituisce attuazione e consiste nella determinazione delle circostanze concrete che hanno reso rischiosa una condotta altrimenti innocua e della determinazione delle probabilità che tali circostanze fossero presenti nel contesto concreto in cui tale condotta è stata esperita. Il secondo stadio attiene alla riferibilità all’agente del rischio che la sua condotta ha creato e consiste nel giudizio circa la conoscibilità *ex ante* della possibile presenza delle circostanze che avrebbero potuto rendere la sua condotta dannosa e del grado di probabilità con cui tale presenza si sarebbe potuta dare nel contesto concreto dell’azione. Il terzo stadio concerne, infine, la tollerabilità/intollerabilità del rischio creato dall’agente e ad esso riferibile. Esso consiste, perciò, in un giudizio con il quale il rischio che si è prima accertato essere stato creato dall’agente con la sua condotta ed essere ad esso riferibile sulla base di una valutazione prognostica riferita alle conoscenze che *ex ante* gli si potevano accreditare, viene confrontato con un misuratore deontico. Solitamente questo misuratore deontico viene indicato nella diligenza media, precisando però che tale diligenza media non è quella che viene di fatto praticata dalla maggioranza dei consociati, bensì il livello medio di diligenza esigibile alla stregua di quel metro di doverosità che viene metaforicamente indicato nel c.d. buon padre di famiglia”.

la necessità di sottrarre il guadagno ottenuto e ricollocarlo a favore del danneggiato, seppure generando un fenomeno per l'appunto di overcompensation.

Ancora, è del resto palese la funzione della solidarietà nell'ambito della responsabilità per il danno ambientale, che porta a spalmare il costo del ripristino ambientale sulla collettività, tutte le volte che il proprietario del sito inquinato non sia responsabile e non se ne possa individuare colui che ha cagionato il danno.

O ancora, la vicenda della questione di legittimità costituzionale sulle micro-permanenti, che sembra affermare un principio diametralmente opposto a quello di integrale riparazione del danno. Si è così giunti a considerare la solidarietà quale limite intrinseco all'esercizio del diritto, e si è dunque creata una concezione di sistema secondo la quale ogni diritto è intrinsecamente limitato nel suo esercizio, pena il rischio di abusarne con conseguente elisione di qualsivoglia tutela dello stesso.

Ponendo dunque la solidarietà alla base del principio del divieto dell'abuso del diritto tale tendenza espansiva sembra non essere più confinata in applicazioni settoriali, bensì posta alla base del nuovo indirizzo di sistema. Tanto che ciò è balzato agli occhi dello stesso legislatore che ha trasformato un trend prima solo giurisprudenziale in vera e propria previsione normativa, per mezzo del decreto Balduzzi e da ultimo della Legge Gelli. Del resto, ciò era già insito in una disposizione normativa che sin dall'origine ha imposto al giudice di valutare in sede di quantificazione del danno, l'esatto importo dello stesso, tenendo conto dell'eventuale auto-responsabilità del danneggiato. Ci si riferisce all'art. 1227 c.c., applicabile non solo nell'ambito del sistema civilistico, ma come visto, anche nel panorama amministrativo.

Sembra dunque emergere un fenomeno comune all'intero ordinamento giuridico, quasi che tutto lo stesso, nel suo insieme, avverta l'esigenza di "contenere" la risposta all'illecito per salvaguardare interessi di pari rango. Si è fatto riferimento alla medicina difensiva, all'esigenza di evitare gli elevati costi assicurativi, a quella di imporre di salvaguardare anche la sfera di controparte per non esercitare i propri diritti in modo egoistico, al fine di considerare che l'individuo non è solo nell'universo, ma calato nella socialità quotidiana.

Il fenomeno emerge chiaramente anche nell'ambito penale, per effetto dell'art. 131 *bis* c.p., che come detto, impone al giudice di tenere appunto in considerazione anche interessi ulteriori rispetto a quelli di sanzionare l'autore di una condotta, ove essa sia "poco offensiva" in nome di superiori esigenze, quali la deflazione per rendere i processi più veloci, ovvero la necessità di fare fronte al sovraffollamento carcerario.

Ecco che il danneggiato, pur potendo ottenere comunque un ristoro in ambito civilistico per effetto della condotta integrante reato, non potrà vedere applicata la sanzione penale retributiva al suo danneggiante, dovendone dunque sopportare tale iato, in nome di superiori esigenze di sistema.

In un'ottica comparata, una simile tendenza espansiva non si rinviene nell'ordinamento francese, sebbene per certi versi si possano ritrovare dei principi comuni all'ordinamento italiano, frutto del fatto che quest'ultimo si è dichiaratamente ispirato al Code Civil francese (quali quello dell'art. 1227 c.c.), non presenta tuttavia una netta tendenza restrittiva. Anzi, esso è ancora in una fase in cui si rivendica, seppur consci dei limiti intrinseci, il principio di integrale riparazione del danno, che anche nell'ordinamento d'oltralpe non può dirsi principio costituzionale. Ecco che le deroghe non possono che dirsi legittime. Si può dire, come evidenziato, che esso si trova in una fase simile a quella caratterizzante l'ordinamento italiano precedente alle Sezioni Unite 2008: è infatti nel pieno del suo operare una tendenza tutta espansiva, volta a risarcire il più possibile la vittima dell'illecito, seppure si riscontrino le prime, ancora isolate e molto timide emersioni critiche a tale tendenza, soprattutto da parte del Consiglio di Stato francese. Si è infatti visto come il sistema Francese postuli la necessaria riparazione di tutte le conseguenze negative dell'illecito, senza alcuna limitazione preventiva, se non quella in materia di causalità. Sarebbero in altre parole risarcibili tutti i danni, purché non siano "troppo lontani" causalmente dalla condotta.

Si è parlato al riguardo di "concezione naturalista" del risarcimento del danno, volto cioè ad elidere tutte le conseguenze negative che sul piano naturalistico conseguono allo stesso, in contrapposizione, come visto, alla concezione "normativa" del danno risarcibile insita nell'ordinamento italiano, caratterizzata da una serie di filtri. Se ciò è certamente vero, per altro verso la dottrina francese ha iniziato a vagliare in modo critico quali possono essere gli strumenti per giustificare una possibile limitazione della tutela risarcitoria. Si è così iniziato a parlare, come visto, di limitazione per "motivi di interesse generale", con ciò evocando il dubbio che anche il sistema francese stia iniziando a guardare verso una nuova tendenza, seppure ancora agli albori.

Bibliografia

- AINA E., *L'utilizzo delle tabelle nella liquidazione del nuovo danno non patrimoniale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 2, 2, 101 e ss.
- ALAGNA R., *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro It.*, 2001, II, 222 e ss.
- ALBERTARIO E., *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, 11 e ss.
- ALPA G., BESSONE M., *Atipicità dell'illecito, Profili dottrinali*, Milano, 1977, e ancora si veda G. ALPA, *Responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Milano 2000.
- ALPA G., *Diritto della responsabilità civile*, Roma- Bari, 2003, 291.
- ALPA G., *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1805 e ss.
- ALPA G., *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, 144.
- ALPA G., *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, 1 e ss.
- ALPA G., *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, V, I, Torino, 1990, 484.
- ALPA G., *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, 1991, 116.
- ALPA G., voce *Solidarietà*, in *Nuova giur. comm.*, 1994, 365.
- AMATO C., *Il danno non patrimoniale da contratto*, in Ponzanelli, *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, 2004, 156 e ss.
- AMORTH G., *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, 11 e ss.
- ANNUNZIATA A. G., *Il nuovo sistema di riparazione del danno ambientale alla luce della l. 6 agosto 2013, n. 97: obbligatorietà del risarcimento in forma specifica e nuovo "antropocentrismo dei doveri"*, in *Contr. e impr.*, 2015, 133 ss.
- ANTOLISEI F., *L'azione e l'evento nel reato*, 1928, 26 e ss.
- ASCHER, *Punitive damages under the new chinese tort liability law*, *China European Law Journal*, 2013, 185 e ss.
- ASPRELLA G., *L'Art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Corr. giur.*, 2016, 1588 e ss.
- ASTONE M., *Danni non patrimoniali. Art. 2059 c.c.*, in *Commentario al Cod. Civ.*, Schlesinger, diretto da BUSNELLI F. D., 123 e ss.
- BACACHE M. – GIBEILI G., *Les obligations. La responsabilité civile*

extracontractuelle, Economica, coll. "corpus de droit privé. Traité de responsabilité civile, II ed., 2012, 4 e ss.

BALDASSARRE A., *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 20 e ss.

BALDASSARRE A., voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, 1989 e ss.

BALDWIN P., *The Politics of Social Solidarity. Class Bases of the European Welfare State 1875-1975*, Cambridge, 1990, rist. 1999.

BARATELLA M.G., *Le pene private*, Milano, 2006, 25 e ss.

BARBERA A., *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Comm. Cost.*, Branca, Bologna – Roma, 1975, 51 e ss.

BARBERA A., *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964.

BARBIERATO D., *Il risarcimento del danno e le sue «funzioni»*, Bergamo, 2013; M. FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2010.

BARBIERI E.M., *Considerazioni sui fini della giustizia amministrativa (a difesa della c.d. pregiudiziale amministrativa)*, in *Giust. amm.*, 2008, 1, 251.

BARCELLONA P., *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 04, 945 e ss.

BARCELLONA P., *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, 564.

BARCELLONA P., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 50-51 e ss.

BARCELLONA P., *La solidarietà come fatto e come diritto*, in *Lavoro e Dir.* 1996, 1, 3 e ss.

BARCELLONA P., *Strutture della responsabilità e "ingiustizia" del danno*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 401 e ss.

BARCELLONA P., *Trattato breve della responsabilità civile*, Torino, 2011.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 56 e ss.

BARTOLI R., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 661 e ss.

BARTOLI R., *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in DE FRANCESCO G., VENAFRO E. (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, 2002, 101 e ss.

BATTELLI E., *Il nuovo Diritto europeo dei contratti nell'ambito della Strategia "Europa 2020"* in *I Contratti*, 2011, 1065, BONELL J.M., *I Principi Unidroit – Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 231.

- BENATTI F., *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano 2008, 158 e ss.
- BENATTI F., *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, 679 e ss.
- BERTON F., RICHIARDI M., SACCHI S., *Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia: analisi empiriche e proposte di policy*, in *Riv. it., pol. pubb.*, 2009, I, 33 e ss. e anche PEDACI M., *Flessibilità del lavoro ed equilibri precari. La transazione al post-fordismo nelle storie di lavoratori parasubordinati*, Roma, 2010, 21 e ss.
- BETTI E., *Causa del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1957, 32 ss.
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni (artt. 1218 – 1229)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 2° ed., Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 310.
- BIANCA C.M., *Diritto civile vol. V, La responsabilità*, Milano, 1994, 543 e ss.
- BIANCA C.M., *Diritto Civile*, Vol.3, Il contratto, Milano, 1987, 425 ss.
- BLAIS M.C., *Storia di un'idea*, a cura e con presentazione di MAGNI, *Tra ponti e confini*, Milano, 2012, 345 e ss.;
- BOLINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.
- BONA M., “Più probabile che non” e “concause naturali”: se, quando ed in che misura possono rilevare gli stati psicologici pregressi della vittima. Nota a Cass. 16.1.2009, n. 975, in *Giur. civ.*, 2009, 1653 ss.
- BONA M., *Accordi transattivi INAIL – Assicuratore r.c. auto e concorso di colpa: quali interazioni tra tutela risarcitoria e protezione indennitaria?* in *Resp. civ. prev.*, 2013, fasc. 5, 1688 e ss.
- BONFANTE P., *Obbligazioni comunione e possesso*, *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, 214
- BLAIS M.C., *La solidarietà: storia di un'idea*, a cura di MAGNI B., Milano, 2012.
- BONILINI G., *Danno morale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V, 1989, 87.
- BORGONOVO RE D., *Contributo allo studio del danno ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 1992, 257;
- BOURSIER M.E., *La revanche de la jurisprudence Perruche ou l'inconventionnalité de la loi Anti-Perruche?* LPA, 2002, n. 108, 4 e ss.
- BRANCA G., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1959, 323 e ss.

- BRECCIA U., *La gestione di affari*, in *Tratt. Rescigno*, 9, Torino, 1984, 746 e ss.
- BRUN P., (Professeur à L'université du Savoie), *Responsabilité civile extracontractuelle*, III ed., Paris, 2014, 19 e ss.
- BURN P., *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et delictuelle*, thèse Lyon, 1931 – Rappr. G. Marty et P. Raynaud, n. 447.
- BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2005, 50 et ss.
- BUFFONE G., “*Lezioni di diritto tabellare*”: dagli artt. 138, 139 Cod. Ass. alle leggi 27/12 e 189/12, in www.ilcaso.it.
- BUSNELLI F.D., NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, III, in FURGIUELE G. (a cura di), *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 210.
- BUSNELLI F.D., SCALFI G. (a cura di), *Le pene private*, Milano 1985.
- BUSNELLI F.D., PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, 2013, 281.
- BUSNELLI F.D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 909 e ss.
- BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.
- BUSNELLI F.D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 649 e ss.
- BUSNELLI F.D., *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato del principio*, in *ivi*, 1987, 283 e ss.
- BUSNELLI F.D., *Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 129.
- BUSNELLI F.D., *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, 435 e ss.
- BUSNELLI F.D., PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997, 18 e ss.
- BUSSANI M., PALMER V.V., *Between Contract and Tort: Pure Economic Loss in Europe*, in *Comparative Remedies for Breach of Contract*, a cura di COHEN N., MCKENDRICK E., Oxford-Portland, 2005, 189 e ss.
- CABIDDU M.A., *I servizi pubblici tra organizzazione amministrativa e principi costituzionali*, in AA. VV. *Servizi pubblici, concorrenza e diritto*, Milano, 2001, 24 e ss.
- CADIET L., *Sur les faits et les métaphis de l'idéologie de la réparation*, in *Le Juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, 497.
- CALAMANDREI P., *Cenni introduttivi sulla Costituente italiana*, in P. CALAMANDREI P., LEVI A., *Commentario sistematico della costituzione italiana*, Firenze, 1950, CXXXV.

CALAMANDREI P., *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir.*, 1931, 171 – 182.

CALAMANDREI P., *La Costituzione*, in AA.VV. Dieci anni dopo. 1945 – 1955, Bari, La Terza, 195, 212 e ss.

CALIGIURI A., CATALDO G., NAPOLETANO N. (a cura di), *La Tutela dei Diritti Umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, 25 e ss.

CAMPEIS G., DE PAULIS P., *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, in *Foro pad.* 2002, 533.

CAPECCHI M., *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie “fatto illecito” a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005, 7 e ss.

CAPECCHI M., *Note in tema di illecito omissivo*, in *Danno e resp.*, 2006, 270 e ss., si veda anche, Id., *Appunti in tema di accertamento del nesso causale nell’omissione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 492 e ss.

CAPUTI G., *La frammentazione della tutela giurisdizionale nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2016, 4, 139 e ss.

CARBONE V., *Commento all’art. 124 c.p.a.*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Codice della Giustizia Amministrativa*, Milano, 2015, 1198 e ss.

CARBONE V., *La regola della correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corriere giur.*, 2012, 153 e ss.

CARNELUTTI F., *Illiceità penale dell’omissione*, in *Annali*, 1933, 4-5.

CARVAL S., thèse préc. – V. aussi, Ph. Le Tourneu n. 45 et s. (avec des nuances), G. VINEY G., rapport de synthèse du Colloque de Chambéry, *La responsabilité civile à l’aube du XXI siècle: bilan prospectif*: *Resp. civ. et assur.* Juin 2001, n. spécial, 86 n. 30 et ss.

CASO R., *Il bene della vita e la struttura della responsabilità civile*, in *Il Foro it.*, v. 2014, n. 3, I (2014), 769-771.

CASO R., *Il danno non patrimoniale da uccisione*, in PASCUZZI G., (a cura di), *Lex Aquilia giornale didattico e selezione di giurisprudenza sull’illecito extracontrattuale*, Bologna, 2005, 1 e ss.

CASO R., *Le Sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*, in *Il Foro It.*, v. 2015, n. 9 (2015), 17-24.

CASO R., *Uccidere è più conveniente che ferire: la distruzione della vita tra paradossi, irrazionalità e costi del “sistema” risarcitorio del danno non patrimoniale*, in U. IZZO

- (cur.), *Dialoghi sul danno alla persona*, Trento, 2006, 211 ss.
- CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5 e ss.
- CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 320 e *passim*.
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, 7 e ss.
- CASTRONOVO C., *Il danno biologico a causa di morte aspettando la Corte Costituzionale*, in *Vita not.*, 1994, 563 s.
- CASTRONOVO C., *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in CERAMI, SERIO (a cura di), *Scritti di Comparazione e Storia Giuridica*, Torino, 2011, 100 e ss.
- CASTRONOVO C., *Inattuazione della prestazione di lavoro e responsabilità del terzo danneggiante*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 369 e ss.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 283.
- CASTRONOVO C., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 546 ss.
- CATTANEO G., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, 56.
- CECCARELLI V., *La soglia di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno resp.* 2015, 344 e ss.
- CENDON P., ZIVIZ P., *Il danno esistenziale. Le nuove voci della responsabilità civile*, Milano, 2000, 25 e ss.
- CENDON P., ZIVIZ P., *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003.
- CENDON P., ZIVIZ P., *Vincitori e vinti, dopo la sentenza 233/2003 della Corte Cost.*, in *Giur. It.*, 2003, 1777 e ss.
- CENDON P., *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 284 e ss.
- CENDON P., *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in G. VISINTINI, *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, 30 e ss.
- CENDON P., *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2009, II, 71 ss.
- CENDON P., *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, vol. 1, Torino, 2008, 179 e ss.
- CENDON P., *Non di sola salute vive l'uomo*, in CENDON-ZIVIZ, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità*, Milano, 2000, 14 ss.
- CENDON P., *Pena privata e responsabilità civile*, in *Id.* (a cura di), *La responsabilità civile*, Milano 1988, 257

CENDON P., *Responsabilità per dolo e prevenzione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 4.

CENDON P., *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2001.

CENDON P., *Trattato sui nuovi danni*, Padova, 2011, 13 e ss.

CENTOFANTI N., *I vincoli alla proprietà privata. Fonti, disciplina, indennità, tutela giurisdizionale*, Torino, 2005, 25 e ss.

CESARINI W., SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, 149 e ss.

CHIARELLA P., *Solidarietà e diritti sociali. Aspetti di filosofia del diritto e prassi normative*, Padova, 2017, 25 e ss.

CHINDEMI D., *Il danno ambientale*, in *Nuova giur. civ.*, 1993, II, 431.

CHINDEMI D., *Il danno esistenziale "esiste"*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, II, 1455 E ss.

CHINDEMI D., *Tabelle per il calcolo del danno biologico: utilizzazione e onere di produzione in giudizio*, in *Resp. civ. e prev.* 2007, 12, 2584 e ss.

CHIRONI G., *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa contrattuale*, 2a ed., Esi, 1897, 7 ss., 24 ss.; *Id.*, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa extra-contrattuale*, 2a ed., I, Esi, 1903, 26 ss

CICCHESE R., *La pregiudiziale di annullamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 236.

CICU A., *Il diritto di famiglia*, Roma, 1915, 85.

CIPPITANI R., *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, 37 e ss.

CITARELLA G., *Danno non patrimoniale e contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 434 e ss.

CITARELLA G., *Le altre fonti di obbligazioni*, 279 e ss., in *Diritto privato esercizi*, (a cura di) BILOTTA F., CITARELLA G., GAUDINO L., INFANTINO D., VENCHIARUTTI A., ZIVIZ P., Torino, 2013.

CITARELLA G., ZIVIZ P., *Il danno per la morte dell'animale d'affezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 786 e ss.

CIVELLO G., *La sentenza Varvara contro Italia non "vincola" il giudice italiano: dialogo tra Corti o monologhi di Corti?* in *Arch. Pen.*, 2014, n. 2.

COLINET C., *La protection du droit de propriété dans la Communauté européenne au travers de l'arrêt "Hauer" de la Cour de Justice des Communautés européennes, du 13 - 12- 1979*, in *Das Europa der Zweiten Generation*, 1981, 02, 739.

COMPORTE M., *La nozione europea di proprietà ed il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 10-18.

- COMPORITI M., *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, 16.
- CONDORELLI L., *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?* in *Dir. umani e diritto internaz.*, 2008, 310.
- CONTI R., *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra carte e corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012, *passim*.
- CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 206 e ss.
- CORGAS C., BERNARD R., *Responsabilité civile, responsabilité pénale: regards croisés. Propos introductifs*, in *Responsabilité civile et responsabilité pénale: regards croisés*, colloque du 22 mars 2013, RCA 2013, n. 22, 7.
- CORSI M.G., *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, in *Giur. it.*, 2008, c. 10; CALVO R., *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, 2008, 357.
- COSTANZA M., *Art. 833 – Atti d'emulazione*, in *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari*, a cura di F. Preite e M. Di Fabio, Torino, 2015, 520;
- COUTANT C., LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Th. P.U.A.M., 2002, 517 e ss.
- CRÉMIEUX M., *Réflexions sur la peine privée moderne*, in *Études offerte: Pierre Kayser*, Dalloz, 1979, t. 1, 261 n. 4.
- cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, 2006, 1075 ss.
- D'ALESSANDRO D., *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, 132 – 133.
- D'AMICO G. (a cura di), *Proprietà e diritto europeo, Atti del Convegno di Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, Napoli, 2014, 125-151.
- DALQ R.O., *Traité de le responsabilité civile, vol. I., Le lien de causalité; le dommage et sa réparation*, Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, 716.
- DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti*, in *Trattato Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971, 11.
- DE CUPIS A., *Il danno*, Milano, 1947, 31.
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1946, 146 e ss.
- DE MARIA B., *Etica Repubblicana e Costituzione dei doveri*, Napoli, 2013, 56 e ss.
- DE MARZO G., *Responsabilità civile nelle relazioni familiari tra esigenze di tutela e categorie formali*, in *Corr. giur.*, 2002, 1219 ss., in nota a Trib. Milano, 7 marzo 2002

(ivi, 1211 ss.).

DEJEAN DE LA BÂTIE N., in Aubry et Rau, *Droit civil français*, s.d. A Ponsard, et I Fadlallah t. VI-2, *Responsabilité délictuelle, Libraires Thecniques*, VIII ed. 1989, n. 74, 139.

DEL PUNTA R., *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carte di Nizza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2001, 434 e ss.

DI MAJO A., *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?* in *Corriere Giur.*, 2009, 410 ss.

DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2008, 289 e ss.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, IV Ed., Milano, 2003, 169.

DI MAJO A., *Tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della P.A.: l'acquis civilistico*, in *Corr. giur.*, 2008, n. 2, 261 ss.

DI MARZIO A., *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il conforto costituzionale*, in *Dir. e giust.* 2005, n. 46, 20 e ss.

DI MARZIO M., PECCENINI F., DI MARZIO P., ROSSETTI M., *Danno esistenziale: la prova e la liquidazione. Nuovo corso della giurisprudenza e parametri risarcitori del mobbing*, in *Dir. e Giust.*, 2004, 17 e ss.

DIEZ PICADO L.M., *Diritti sociali e federalismo*, in *Pol. dir.*, 1/99, 21 ss.

DIMAJO A., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 297 ss.; id., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2000, 218.

DONATI A., *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazione*, 1937, I, 399 e ss.

DONATI A., *La concezione della giustizia nella vigente Costituzione, diritto soggettivo e solidarietà*, Roma, 1998, 489.

DUCATO R., *La lesione della privacy di fronte alla "soglia di risarcibilità": la nuova Maginot del danno non patrimoniale?* in *Giustiziacivile.com*, 30 aprile 2015.

ESMEIN P., *La commercialisation de la douleur morale*: D. 1954, chron. 113.

EWALD F., GARAPON A., MARTIN G.J., MUIR WATT H., MATET P., NMOLFESSIS N. et NUSSEMBAUM M., *Les limites de la réparation du préjudice*, Paris, Dalloz, 2009, 149 e ss.

EWALD F., *La faute civile: droit e philosophie: Droits 1987*, 45 et ss., spéc. 49.

FABRE MAGNAN M., *Le dommage existentiel*, Recueil Dalloz – 2010 – n. 00, 2 et ss.

FACCI G., *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle*

- Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, Fam. Dir. (2009), 125 e ss.*
- FACCI G., *L'illecito endo-familiare al vaglio della Cassazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2005, 4, 365 e ss.
- FAVA P., *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. giur.* 2009, 525.
- FAVILLI C., *Danno ingiusto e responsabilità*, in AMADIO, MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, Bologna, 2014, 959 e ss.
- FELIZIANI C., *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisdizione amministrativa*, in *Foro Amm. C.d.S.*, fasc. IX, 2010, 180.
- FEOLA M. e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il nuovo danno non patrimoniale*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2007, 849 e ss.
- FERMEGLIA M., *Chi inquina, paga: imputazione della responsabilità per danno ambientale e risarcimento dopo la legge europea 2013*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1591.
- FERRANDO G., *Manuale di diritto di famiglia*, Roma-Bari, 2005, 118 e ss.
- FERRANTE E., *Diritto privato europeo e Common European Sales Law (CESL). Aurora o crepuscolo del codice europeo dei contratti?* in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, 461.
- FERRARI S., *Gestione di affari altrui (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, s.d. Milano, 1969, 647.
- FERRI G.B., *Causa e tipo del negozio giuridico*, Milano, 1965.
- FERRI G.B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1986.
- FERRI E., *Tutela dei diritti*, in *Commentario*, SCIALOJA – BRANCA, Milano, 1990, 22 e ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, Bologna, 2007, 253.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, V edizione, 2007.
- FIANDACA G., MUSCO E., voce *Causalità*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. II, 1988, 126 e ss.
- FIANDACA G., *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di STILE A.M., Jovene, Napoli, 1991, 61 e ss.
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, 1979, 179 e ss.

FIELD, *A Treatise on the Law of Damages*, 2nd ed., Des Moines, 1881, 70 e ss.; Nota, *Exemplary Damages in the Law of Torts*, in 70 Harv. L. Rev., 517 e ss.

FIORE S., FIORE C., *Diritto penale, Parte generale*, vol. I, Torino, 2004, 240 e ss.

FIORENTINO A., *L'assicurazione contro i danni*, Parte generale, Napoli, 1949 1 e ss.

FLEMING G.J., *The collateral Source and Loss Allocation in Tort Law*, in *California Law Review*, 1966, Volume 54, Issue 4, 715 e ss.

FLOUR Y., *Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance?* Droits, 1987, n. 5, 29 et ss.

FORZA A., *La psicologia nel processo penale. Pratica forense e strategie*, Milano, 2010, 147 e ss.

FRANCARIO F., *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di CONTIERI A., FRANCARIO F., IMMORDINO M., ZITO A., Napoli, 2010, II, 107 e ss.

FRANZONI M., *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, in *Contratto e impresa Europa*, 2012, 350.

FRANZONI M., *Dei fatti illeciti – art. 2043-2059*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 102 e ss.

FRANZONI M., *Il danno morale*, in *Contr. e Impr.*, 1990, 317.

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 652 e ss.

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 530.

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 530; PONZANELLI G. (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 141 ss.

FRANZONI M., *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, in *Contr. Impr.*, 2011, 417 e ss.

FRANZONI M., *L'Illecito*, in *Trattato della Responsabilità civile*, II Ed. Milano, 2010, 807 e ss.

FRIGERIO A., *La legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass.*, in *Danno e resp.*, 2014, 1021.

FRIGO M., *Le limitazioni al diritto di proprietà e all'esercizio delle attività economiche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Divenire sociale ed adeguamento del diritto*, Studi in onore di F. Capotorti, Milano, 1999, 161.

GABRIELE A., in BELLAVISTA, GARILLI, MARINELLI (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008 n. 133. Privato e pubblico a confronto*, Torino, 2009, 152.

GALEOTTI S., *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soci*, 1996, 10 e ss.

GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 1994, 231.

GALGANO F., *I fatti illeciti*, Padova, 2008, 239.

GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?* in *Contratto e impresa*, 2011, 311 e ss.

GAMBARO A., *Emulazione*, in *Digesto disc. priv. – Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 442 e ss.

GAMBINO A., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, 196 e ss.

GAROFALO M.G., *Solidarietà e lavoro*, in NAPOLI M., *La solidarietà, Vita e pensiero*, Milano, 2009, 19 e ss. MENGONI L., ROMAGNOLI U., GIUGNI G., TREU T., *Fondata sul lavoro. La Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà, Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, a cura di NAPOLI M., *Vita e pensiero*, Milano, 1998, 3 e ss.

GAZZONI F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, (1983).

GAZZONI F., *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, *Resp. civ. prev.* (2003), 1292 e ss.; Id.: *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, in *Riv. dir. comm.* (2001), 691 e ss.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 808; PUGLIATTI S., *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, ora in *Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, 76.

GAZZONI F., *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, *Dir. fam. pers.* (2009), 73 e ss.

GHISALBERTI A., *Solidarietà e statuto della persona*, in NAPOLI M., *La solidarietà*, Milano, Vita e Pensiero, 2009, 19 e ss.

GIACOBBE G., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Torino (2011).

GIAMPIETRO F., *Bonifica dei siti contaminati: obblighi e diritti del proprietario incolpevole nel T.U.A., nota a Consiglio di Stato, 5 settembre 2005, n. 4525*, in *Ambiente e sviluppo*, 2007, 4, 281 e ss.

GIANNELLI A., *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione* (nota a Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011 n. 3),

in *Foro it.*, 2012, 1, 46 e ss.

GIANNI T., *Il rapporto tra bonifica e risarcimento del danno*, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, 5, 417,

GIORDANO G., *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 434 e ss.

GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, 7a ed., Firenze, 1909, 244 ss.

GIORGIANNI M., *Obbligazione (diritto privato)*, in *NsDI*, XI, Torino, 1965, 148 e ss.

GIOVAGNOLI R., *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente dell'interesse all'aggiudicazione*, in *questa Rivista*, 2011, 4, 398 e ss.

GIRARD B., *Le retournement du principe constitutionnel de responsabilité en faveur des auteurs de dommages*, Recueil Dallaz.

GIRARD B., *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, tome 562, 2015, n. 15 s. V. égal. J. Traullé, 39 et ss.

GIRAUDO M., *I confini del danno non patrimoniale rimangono sfumati*, in *Giur. It.* 2016, 7, 1591-1592 e ss.,

GIUBBONI S., *Diritti e solidarietà in Europa, i modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 7 e ss.

GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, 262 e ss.

GIUFFRÈ F., *La Corte Costituzionale in cammino: da un modello casistico all'interpretazione della solidarietà*, in *Giur. cost.*, 1998, II, 1963.

GIUFFRÈ F., *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 5 e ss.

GIUNTA F., voce *Depenalizzazione*, in G. VASSALLI (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, 192 – 193.

GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen e proc.*, 199, 622.

GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 160 e ss.

GRUPE DE RECHERCHE EUROPÉEN SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET L'ASSURANCE, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation. Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la responsabilité civile et l'assurance (GRERCA)*, IRJS Éditions, coll. "Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc", 2012.

GRUNSKY, *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, in BUSNELLI F.D., SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1985, 368; ID., sub § 253 BGB, in *Münchener Kommentar*, Band 2, München, 1994, 488 ss.

GUAZZAROTTI A., *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117 co. I Cost.*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3574 e ss.

HARBOUSSET H., *L'amiante: la création d'un fonds d'indemnisation pour canaliser une bombe à retardement*: RRJ 2001, 873.

HAZAN M., ZORZIT D., *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Milano, 2013, 57 e ss.

IANNI G., *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale: in particolare, la responsabilità per danni cagionati in occasione del parto e il c.d. "danno da nascita indesiderata", la c.d. Riforma Balduzzi*, in www.ilcaso.it.

IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 79 e ss.

IRTI N., *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.* 1997, 185 e ss.

IRTI N., *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 481 e ss., spec. 489-492.

IRTI N., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 289 e ss.

IZZO U., *"Sulla problematica coesistenza di «compensatio lucri cum damno» e surrogazione: il silenzio delle Sezioni Unite (nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite, 30 giugno 2016, n. 13372)"*, in *Il Foro Italiano*, 2016, parte I, c. 2717-2721.

IZZO U., *"Surrogarsi nel nulla? Le Sezioni Unite (per ora) non toccano non toccano i fondamenti della compensatio lucri cum damno (nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite, 30 giugno 2016, n. 13372)"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, n. 4, 1221-1331. Cass. civ., sez. III 10 marzo 2014 n. 5504, in *Giustizia Civile Massimario* 2014.

IZZO U., *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? (saggio in tre atti), Atto Primo*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2015, 1816-1842; *Id.*, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? Atto secondo*, *ivi*, 2016, 40-74; *Id.*, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? Atto terzo*, *ibidem*, 399-432; *id.*, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? Conclusioni*, *ibidem*, 2016, 759-780.

IZZO U., *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 2, 130.

IZZO U., *La compensatio lucri cum damno come "latinismo di ritorno"*, in *Resp. civ. e*

prev., 2012, 5, 1738-1759.

IZZO U., *La precauzione nella responsabilità civile: analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Padova, 2004, 11 e ss.

IZZO U., *Macroeconomia e funzioni della responsabilità civile nella commisurazione del danno non patrimoniale*, in *Danno e Resp.*, v. 15, 2011, 120-130.

IZZO U., *Nota a Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza, 22.10.2014, n. 22344*, in *Il Foro It.*, 2015, (I, 2015), 1699 – 1705.

JAEGER M., *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 349-364.

JAUFFRET C., SPINOSI, *Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers*, P.A. 20 novembre 2002, 8 et ss.

JAULT A., *La notion de peine privée*, préf. Fr. Chabas, LGDJ, coll. “bibl. de droit privé” tome 442, 16 et s., 2005.

JOSSERAND L., *La personne humaine dans le commerce juridique*: D. 1932, chron. 1.

JOURDAIN P., “*Du critère de la responsabilité civile*”, *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Lextenso, 2008, 553 e ss.

JOURDAIN P., *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?* Rapport introductif, *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, 3.

JOURDAIN P., obs. sous. Cass. II civ. 19.06.2003, n. 00-22.302.

KOHL B., *Moment de l'évaluation et variation du dommage. Rapport belge. Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2015, 396 e ss.

KOZIOL, WILCOX, *Punitive Damages: common law and civil law perspectives*, Vienna, 2009; MEURKENS, NORDIN, *The power of punitive damages: is Europe missing out* Cambridge, 2012. O ancora: POLINSKY, SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, in *Harv. L. Rev.*, 1998, 870 e ss.

LA ROCCA D., *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006, 4 e ss.

LA ROCCA D., *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008.

LA ROCCA D., *Giustizia sociale e diritto europeo dei contratti nella crisi economica*, 277 e ss., in CANTARO A. (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011.

LA ROCCA D., *La crisi dell'armonizzazione giuridica*, in S. Mangiameli (a cura di), *The european crisis. Interpretation and answers*, Milano.

LA ROCCA D., *La patrimonializzazione dei diritti nella scienza giuridica europea*, in RUGGERI M.R., PALLIDA R., *Tra diritto e società. Studi in memoria di Paolo Beretta*, Catania, 2008, 149 e ss.

Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 1969.

LENOCI A.E., *La "pregiudiziale amministrativa" e l'onere di diligenza del cittadino leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi a margine della sentenza della quarta sezione del consiglio di stato, 7 aprile 2014, n. 1605*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 2, 532 e ss

LEONARDI A., *Lo stalking: tra diritto penale e diritto civile - I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 51 ss.

LE ROI M., LE ROY J.D., BIBAL M., *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis, 20ème ed., n. 225.

LICARI F.X., *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe l'oeil de la Cour de Cassation?* D. 2011, 423.

LIENHARD C., *Le préjudice spécifique de terrorisme et d'accidents collectifs*: Gazette du Palais 23 au 25 févr. 2014, éd. spécialisée n. 54 a 56, 19.

LILLO P., *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2001, 81 e ss.

LOCATELLI L., *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del più probabile che non?* in *Resp. civ. prev.*, 2008, 338 ss.

LOMBARDO G., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, 421 ss.

LOUIS V.J.V., *Solidarité budgétaire et financière dans l'Union européenne*, in BOUTAYEB C. (cur.), *La solidarité dans l'Union européenne*, Paris 2011, 107 ss., richiamato da GIUBBONI S., *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, vol. 43, n. 4/2012, 546 e ss.

LUGATO M., *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, 339-374.

LUHMANN N., *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, 40.

LUNGHINI G., *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI - C. E. PALIERO, t. 1°, Milano, 2006, 406.

MACARIO F., *Art. 833 – Atti d'emulazione*, in *Della proprietà. Artt. 810-868*, a cura di JANNARELLI A., MACARIO F., in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI E., Torino, 2012, 396 e ss.

- MACARIO F., in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI E., Torino, 2012, 396 e ss.
- MANGANARO F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 379 e ss.
- MANGIAMELI S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2009, 171.
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 445 e ss.
- MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà, e di responsabilità personale*, in *Riv. Dir. proc.*, 2001, 339.
- MARCHADIER F., *La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *Riv. Trim. dir. Civ.*, 2009, 245 e ss.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2012, 215 – 216.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *AA.VV., Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1994, 144 e ss.
- MARTIN CASALS, *Notas sobre la indemnizacion del daño moral en las acciones por difamacion de la Lo 1/1982*, in *Asociacion de Profesores de Derecho civil, Centenario delCodigo Civil II*, (1990), 1246.
- MARTINI F., *Legge Balduzzi, come cambia (e se cambia) la responsabilità sanitaria*, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, 2012, San Marino, 11 ss.
- MAZZAMUTO S., *Il rapporto tra gli artt. 2059 c.c. e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, *Contr. Impr.*, 2009, 624, nota 122.
- MAZZAMUTO S., *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 374 e ss.
- MELI M., *Il principio "chi inquina paga" nel codice dell'ambiente*, in NICOTRA I., SALANITRO U. (a cura di), *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010, 151 ss.
- MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 9

e ss.

MENGONI L., *Diritti inviolabili e doveri inderogabili*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e pensiero, 1998, 9 e ss.

MENGONI L., *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in Mengoni, *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011, 143.

MENGONI L., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 100 e ss.

MENGONI L., *La tutela della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Diritto e Valori*, Bologna, 1985, 127.

MERLAND G., "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", in MATHIEU B. et VERPEAUX M. (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, coll. "Les Chaires constitutionnels de Paris I", 2007 189 e ss.

MERUZZI G., *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, 2005, 150 e ss.

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, Milano, 1973, 111.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale, III, Diritto delle obbligazioni – Parte generale*, Milano, 1959, 344.

MEZZANOTTE P., *La giurisdizione sui diritti tra Corte Costituzionale e giudice comune*, in *Federalismi.it*, 2011.

Modelli e funzioni della responsabilità civile, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 595 ss.

MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino 1995, 3 e ss.

MOLFESSIS V.N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, Préf. M. Gobert, n. 370 et ss.

MOMMSEN T., *Beiträge zum Obligationenrecht, II, Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, 3 e ss.

MONATERI P.G., *Gli usi e la ratio della dottrina della compensatio lucri cum damno. È possibile trovarne un senso?* in *Quadrimestre*, 1990, 377 e ss.

MONATERI P.G., *Il pregiudizio esistenziale come voce di danno non patrimoniale*.

MONATERI P.G., *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, 1904 e ss.

- MONATERI P.G., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 834 e ss.
- MONATERI P.G., *La fenomenologia del danno non patrimoniale*, in *Danno e Resp.*, 2016, 7, 725-726 e ss.
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO R., Torino, 1998, 567 e ss.
- MONATERI P.G., *Le funzioni del risarcimento*, in *Il diritto civile nella giurisprudenza, I danni risarcibili*, Vol. I, a cura di Cendon, Torino, 2005.
- MONATERI P.G., *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 181.
- MONATERI P.G., *Sezioni unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, in *Corr. Giur.*, 2006, 787 ss., 792.
- MONTANARI, VERGALLO, FRATI, DI LUCA, *L'accertamento del nesso eziologico nella responsabilità medica civile tra probabilità e presunzioni, The evidence of causation in civil medical liability between probability and presumptions*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 06, 867.
- MOR G., *Évaluation du préjudice corporel. Stratégies d'indemnisation et méthodes d'évaluation*, Delmas, II éd., 2014 – 2015, 453.
- MORANO CINQUE E., *L'abuso del processo come forma di stalking giudiziario: è lite temeraria*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2581.
- MOREAU, MARGREVE, *L'astreinte*, Ann. Dr. Liège, 1982, 11 et ss.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *La responsabilità civile del sorvegliante dell'incapace naturale*, in *La responsabilità civile*, a cura di Cendon, Torino, 1998, 13 e ss.
- MORTATI C., *Commento all'articolo 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., art. 1-12, *Principi fondamentali*, Bologna e Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1975, 1 e ss.
- MORTATI C., *Il diritto al lavoro nel sistema dei principi costituzionali*, in *La disoccupazione in Italia, Studi speciali, atti della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*, Vol. IV, Roma, 82 e ss.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, II, 949.
- NASSETTI C., *L'illecito endo-familiare fa ingresso nella famiglia di fatto*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2013, 6, 1882.
- NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965.
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento*

giuridico italiano, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 37 e ss.

NAVARETTA E. (a cura di), *Il danno non patrimoniale-Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 36-40.

NAVARETTA E., POLETTI D., *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in NAVARETTA E., *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, 66 e ss.

NAVARETTA E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 184 e ss.

NAVARETTA E., *Diritti inviolabili e risarcimento*, Torino, 1996, 343 e ss.

NAVARETTA E., *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 500 e ss.

NAVARETTA E., *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in NAVARETTA E. (a cura di), *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004.

NAVARETTA E., *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 804 e ss.

NAVARETTA E., *Il danno ingiusto*, in *Diritto Civile*, diretto da LIPARI N., RESCIGNO P., coordinato da NAVARETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 ss., con nota di PMONATERI P.G., *Il pregiudizio esistenziale come voce di danno non patrimoniale*.

NAVARETTA E., *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 3 e ss.

NAVEAU A.M., *Quelques réflexions concernant le nouveau rôle du médecin-expert en droit commun, Justice et dommage corporel. Panorama du handicap au travers des divers systèmes d'aide et de réparation* (sous la dir. de BEAUTHIER J.P.), Bruxelles, Larcier, 2011, 281 e ss.

NEPPI MODONA G., voce *Reato impossibile*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, 1967, 974 ss.

NICOTRA I., SALANITRO U., *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010, 107 e ss.

NIVARRA L., *A proposito di Eclissi del diritto civile*, in *Europa e dir. priv.*, n. 4/2016, 1187 e ss.

NIVARRA L., *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui "danni punitivi"*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017.

NIVARRA L., *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 476.

- NIVARRA L., *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, vol. XXXI, 2014, 503 e ss.
- NIVARRA L., *La proprietà europea tra controriforma e rivoluzione passiva*, in *Europa e dir. priv.*, Fasc. III, 2011, 575 e ss.
- NONNE L., *Contributo ad una rilettura dell'art. 2045 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2017, 435-483.
- NONNE L., *Lo stato di necessità privatistico nel pensiero di Salvatore Piras (contributo ad una rilettura dell'art. 2045 c.c.)*, in *Archivio storico giuridico sardo di Sassari*, vol. XX, 2015, 1-18.
- NONNE L., *Spunti critici in tema di stato di necessità nel diritto privato*, in CICERO C., PERLINGIERI G. (a cura di), *Liber amicorum per Bruno Troisi*, (ESI) Napoli, 2017, 63-93 [anche in *Riv. dir. civ.*, 2017, 582-607].
- Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1252 ss.
- ORLANDI M., *Abuso del diritto e teoria della fonte*, in V. VELLUZZI (a cura di), *Abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, 126.
- ORLANDI M., *Autonomia e sovranità*, in NAVARRETTA E. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008, 187 ss.
- ORLANDI, *Concorso nel danno ambientale e teoria dell'equivalenza*, in NICOTRA I., SALANITRO U., *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010.
- ORLANDI M., *Diritto e metodo*, Città del Vaticano, 2014.
- ORLANDI M., *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993.
- ORLANDI M., *Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza delle prestazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 179 ss.
- OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, in *39 Vill. L. Rev.*, 1994, 368 ss.
- PACCHIONI P., *Elementi di diritto civile, Quarta edizione rielaborata in base al nuovo Codice civile*, Milano, 1944, 361.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale, introduzione allo studio dei diritti costituzionali, Lezioni, parte speciale*, Napoli, 2003, 27 e ss.
- PADELLETTI M.L., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 51 e ss.
- PADOVANI T., *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015 (15), 19.

PAGLIARO A., *Il reato: parte generale*, in GROSSO C.F., PADOVANI T., PAGLIARO A. (diretto da), *Trattato di diritto penale, II*, Milano, 2007, 380 e ss.

PALADINI M., *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?* in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2005.

PALMIERI A., *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, di PARDOLESI R. e SIMONE R., *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*, di PONZANELLI G., *Sezioni unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*.

PANTALEON G., *Como repensar la responsabilidad*, 443.

PARADISO M., *Famiglia e responsabilità civile endo-familiare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 14.

PARADISO M., *I rapporti personali tra coniugi, artt. 143 – 148*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, (1990), 91 e ss.

PARDOLESI R. (nota di) *Atti emulativi e norme decorative*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 842.

PARDOLESI R., *"Non c'è due senza tre: la Suprema Corte salva ancora i danni punitivi"*, in *Foro it.*, 1994, 95 e ss.

PARDOLESI R., *Crediti previdenziali, tutela "differenziata" e "punitive damages"*, in *Foro it.*, 1991, I, 1321, PONZANELLI G., in *"La responsabilità civile: profili di diritto comparato"*, Milano, 1993.

PARDOLESI R., *Danni punitivi: frustrazione da vorrei, ma non posso?* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 341 e ss.

PARDOLESI R., *Il danno esistenziale e le Sezioni Unite: dal bipolarismo al doppio binario del danno non patrimoniale*, in AA: VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alla decisione delle Sezioni Unite 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5*, Milano, 2009.

PARDOLESI R., *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, 2011, 59 e ss.

PASCUZZI G. (a cura di), *"Lex Aquilia: giornale didattico e selezione di giurisprudenza sull'illecito extracontrattuale"*, di G. Pascuzzi, Bologna, Zanichelli, 2005.

PASCUZZI G., *La responsabilità civile. Percorsi giurisprudenziali*, Trento: Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2001.

PATTI S., *Danno patrimoniale*, in *Digesto Priv.*, sez. civ. V, 95.

PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile, un lungo itinerario*, in AA.VV., *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di SESTA M., in *Nuova giur. dir. civ.*

comm., Torino (2011).

PATTI S., *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *Resp. civ.*, 2009, 165 ss.

PATTI S., *La valutazione del danno ambientale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 447.

PATTI S., *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. Giur.*, 1999, 416 e ss.

PATTI S., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 5 ss.

PAVAN G., *L'imputabilità è presupposto della colpevolezza: considerazioni in ordine al rapporto tra la scelta dogmatica operata da SS. UU. 25 gennaio 2005 n. 9163 e l'estensione dell'infermità ai gravi disturbi della personalità*, in *Ind. pen.*, 2008, 308 e ss.

PEDRINI F., *Clausole generali e costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 285, 286;

PERETTI GRIVA D.R., *Sulla "Compensatio lucri cum damno"*, in *Riv. proc. civ.*, 1957, 437.

PERLINGERI P. P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, 1990, p. 21 e ss.

PERLINGERI P., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 155 e ss.

PERLINGERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1995, 84 e ss.

PERLINGIERI P., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, *Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, 20 ss.

PERLINGIERI P., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 119 ss.

PETRELLI P., *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1997, 103 e ss.

PETTA C., *Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endo-familiare e sulla sua estensibilità all'interno della famiglia di fatto*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, 1, 257 e ss., commentando, Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Danni civili*, n. 239.

PIEDELIEVRE S., *Les dommages – intérêts punitifs: une solution d'avenir?* in *La Responsabilité civile à l'aube du XXI siècle*, Bilan prospectif, R.C.A., n. 6 bis, Juin 2001, Hors série, 68 et ss.

PIEDELIVRE S., *La responsabilité liée à une opération de crédit*, *Dr. Et patr.* 2001, n. 89, 69 e ss.

PIGNARRE G., PIEDELIÈVRE S. ET BRUN P. RRJ 2001/2, 477 e ss., 487.

PIMONT S., *Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage*, collection Lamy, Droit Civil, octobre 2004, 15 e ss.

PINELLI M., *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5 e ss.

PINORI A., *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. impr.*, 1998, 1144 e ss.

PIRSON R., DE VILLE A., *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, T. I., Bruxelles – Paris, Bruyant – Librairie générale de droit et jurisprudence, 1935, 405 e ss.

PITTARO P., *Il delitto di atti persecutori (il c.d. stalking)*, in *Fam. dir.*, 2014, 159.

PIZZO O., RUSSO F., *La nuova frontiera della liquidazione del danno biologico: gli aumenti personalizzati, quando, come, perché*, in *Danno e Resp.*, 2016, 5, 480 e ss.

PLAIA A., *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, 157-160.

POLACCHINI F., *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 227 e ss.

PONZANELLI G. (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 141 ss.

PONZANELLI G., “Introduzione”, in PONZANELLI G., *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007, 1 e ss.

PONZANELLI G., *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 572 e ss.

PONZANELLI G., *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. Impr.*, 2015, 3, 620.

PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435 ss.

PONZANELLI G., *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle Sezioni Unite e di M. BONA, La saga del danno esistenziale verso l'ultimo ciak*; in *Resp. civ.*, 2008, con nota di PARTISANI R., *Il danno esistenziale al vaglio delle Sezioni Unite*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1050, con nota di G. FACCI G., *Verso un «decalogo» delle Sezioni Unite sul danno esistenziale?* ivi, 2008, 1559 ss. e in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2008, 707 ss.

PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano*, in *Danno e resp.*, 1998, 729.

PONZANELLI G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, in *Foro it.*, 1996, II, 421 e ss.

- PONZANELLI G., *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI M. (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, 67 e ss.
- PONZANELLI G., *La lettura costituzionale dell'art. 2059: significati e problemi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 247 ss.
- PONZANELLI G., *La responsabilità civile, Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 25 e ss.
- PONZANELLI G., *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita, verso un nuovo statuto di danno risarcibile? Il commento*, in *Danno e resp.*, 2014, 4, 363.
- PONZANELLI G., *Le tre voci di danno non patrimoniale, problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, 5 ss.,
- PONZANELLI G., *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 2017, 3, 268.
- PONZANELLI G., *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, in *Danno e resp.*, 2009, 94 ss.
- PONZANELLI G., *Novità per i danni esemplari?* in *Contr. impr.*, 2015, 1195 e ss.
- POPPER K.R., *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza* (1934), trad. it., Torino, 1995, 311 e ss.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Le SS.UU. Fanno il punto sul danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2009, 19; *commenti "a caldo" di molte delle firme più illustri della dottrina italiana sono raccolti nel volume Aa.Vv., Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle Ss. Uu.*, Giuffrè, 2009.
- PROTO PISANI A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, V, 2009, 221; CARRATTA, *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2011, 814 ss.
- PROVINCI A., *Tendances récentes du droit de la responsabilité civile au Québec*, in *Les métamorphoses de la responsabilités*, Sixièmes journées René Savatier, P.U.F. 1997, 132 et ss.
- PUCELLA R., *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, 38, in occasione della l. n. 189/2012.
- PULITANÒ D., *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 951.
- QUARTA F., *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Napoli, 2010, 142 e ss.

- QUÉZEL AMBRUNAZ C. thèse prec., N. 198 e ss. *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civil*, Th. Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 99.
- QUÉZEL AMBRUNAZ C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Thèse Chambéry, Dalloz, 2008.
- RADÉ C., *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, D., 1998, 301 e ss.
- RADÉ C., *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, 2 – Les voies de la réformes: la promotion du droit à la sûreté*, 1999, 323 e ss.
- RAMAJOLI M., *Spunti per un dibattito in tema di risarcimento del danno e interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, pubblicato il 27 ottobre 2016.
- RESCIGNO P., *I diritti degli animali – Da res a soggetti*, Torino, 2005, 180 ss.
- RICCIO A., *I danni punitivi sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno*, in *Contr. impresa*, 2009, 854.
- RIPERT G., *Le prix de la douleur*: D. 1948, chron. 1.
- RODOTÀ S., *Buona fede e correttezza nel quadro dell'integrazione*, in *Le fonti d'integrazione del contratto*, Milano, 2004, 161.
- RODOTÀ S., *Commento all'art. 42*, in *Rapp Econ., Commentario alla Costituzione*, in BRANCA G. (a cura di), Bologna, 1982, e ora in RODOTÀ A., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990, 273 e ss.;
- RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile (1966)*, ora in *Le prolusioni dei civilisti, III (1940-1979)*, Napoli, 2012, 3089 e ss.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, 90 e ss.
- RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 595 ss.
- RODOTÀ S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1252 ss.
- RODOTÀ S., *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, in *Riv. Dir. civ.*, vol. 62, n. 1, 2016, 154-159.
- RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile (1966)*, ora in *Le prolusioni dei civilisti, III (1940-1979)*, Napoli, 2012, 3089 e ss.
- ROLFI F., *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la cassazione alla ricerca di un modello unitario*, in *Corr. giur.*, 2006, 263.
- ROMANO S., *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in *Foro it.* 1990, 174.
- ROMANO S., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano 1958, specie 169 e ss.

- ROMANO S., *Doveri. Obblighi*, in *Id.*, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 e ss.
- ROPPO E., *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, *Riv. Trim. dir. e proc. civ.* (1980) 697 e ss.
- ROSSANO C., *Problemi di struttura dello stato sociale contemporaneo*, Napoli, 1978, 41 e ss.
- ROSSETTI M., *Danno biologico e morte della vittima. La Cassazione prova a mettere ordine nella materia*, in *dir e giust*, fasc 23, 2003, 72, nota a *Cass. Civ. sez. III*, 16 maggio 2003 n° 763.
- ROSSETTI M., *Micropermanenti: fine della storia*, in *Corr. giur.*, 2014, 1483.
- ROSSI E., BONIMI A., *La fraternità tra “obbligo” e “libertà”. Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, in MARZANATI A., MATTONI A. (a cura di), *La Fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007, 61 e ss.
- ROTONDI M., *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.
- RUGGERI A., *L’“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell’affermazione della Costituzione come “sistema”*, in *“Itinerari” dei una ricerca sul sistema delle fonti*, XVII, Studi dell’anno 2013, 37 ss., spec. 43 ss.
- RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti* (a margine di Corte Cost. n. 24 del 2017), in *La Consulta online*, 2017, fasc. 1, 81 ss.
- SACCO R., *L’esercizio e l’abuso del diritto. L’abuso del diritto*, in ALPA G., GRAZIADEI M., GUARNERI A., MATTEI U., MONATERI P.G., SACCO R., *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 281-373, 321;
- SACCO R., *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.
- SACCO R., *L’ingiustizia del danno di cui all’art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1420 e ss.
- SAINT ESTEBEN R., *Pour ou contre les dommage et intérêt punitifs*, *Petites Aff.*, 20 janvier 2005, n. 14, 53.
- SALANITRO U., *Il danno all’ambiente nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2005, 8 e ss.
- SALANITRO U., *Il risarcimento del danno all’ambiente: un confronto tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, 6, 948-949.

SALANITRO U., *La bonifica dei siti contaminati nel sistema della responsabilità ambientale*, in *Colloqui in ricordo di M. Giorgianni*, Napoli, ESI, 2007, 977 e ss.

SALANITRO U., *La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente*, in *La Resp. civ.*, 2006, 678 ss.

SALCEDO BELTRAN M.C., *La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales*, in *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 13, 2016, 27 e ss.

SALCEDO BELTRAN M.C., *Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales*. (A propósito de las STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13), in *Rev. De derecho social*, n. 67, 2014, 135 e ss.

SALCEDO BELTRAN M.C., *Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos jurisdiccionales*. In *El Laboralista*, 2014, 1 e ss.

SALVE DE BRUNETON J., “*Les principes constitutionnels et la responsabilité civile*”, *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, 407.

SALVI C., *Capitalismo e diritto civile, Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, 2015, 57 e ss.

SALVI C., *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, 16 e ss.

SALVI C., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 103 e ss.

SALVI C., *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 517.

SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1997, 4 e ss.

SALVI C., *La responsabilità extracontrattuale (dir.vig.)*, in *Enc.dir. XXXIX*, 1203 e ss.

SALVI, *La tutela civile dell'ambiente alla luce del Testo Unico ambientale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, n. 3, 704 ss.

SALVI C., voce *Danno*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 1989, 65.

SALVI C., voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.*, XL, 1989.

SALVI C., voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1099.

SANDULLI A., *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di scia, silenzio – assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 17/2015.

- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Milano, 1998, 25 e ss.
- SANDULLI A., *Proporzionalità in S. Cassese (diretto da)*, *Dizionario di diritto pubblico*, V. vol., Milano, 2006, 4643 e ss.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, 60 e ss.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1966, rist. 1997, 76 e ss.
- SARTORI G. (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano 2009, 49.
- SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Première série: Panorama des mutations*, 3e éd., In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 16 N°3, Juillet-septembre 1964. 677-678.
- SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1939.
- SAVATIER R., *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?* in *Rec. Dalloz*, 1970, Chron., 125, è citata da FEOLA M., *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004, 178.
- SCHULZ F., *I principi di diritto romano*, Firenze, 1949, 165.
- SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a comment*, in *56 S. Cal. L. Rev.*, 1982–1983, 139 e ss.
- SCIARRA S., *L'Europa e il lavoro, solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma – Bari, 2013, 29 e ss.
- SCIARRATTA N., *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile*, in *Dir. civ. cont.*, 7 luglio 2015.
- SCOGNAMIGLIO R., *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 468 e ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Buona fede e responsabilità civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 343.
- SCOGNAMIGLIO R., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2485.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno da micro permanenti: la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la funzione della responsabilità civile ed una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1834.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 282.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1957, 76 e ss., o in *Id.*

Resp. civ. e danno, Torino, 2010, 293 e ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in MAZZAMUTO S., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 486.

SCOGNAMIGLIO R., *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?* in *Responsabilità medica*, 2017, 40.

SCOGNAMIGLIO R., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 261 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, nota a Cass., sez. un., 23.3.2011, nn. 6594, 6595 e 6596, ord., in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1749.

SCOGNAMIGLIO R., *L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, nel Trattato Bessone, X, Illecito e responsabilità civile, I, 2005, 23 ss.

SCOGNAMIGLIO R., voce “*Ingiustizia del danno*”, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Ed. Enc. it, 1989, ma agg. 1996, *passim*.

SCOLA G., *Il danno non patrimoniale tra lesione della proprietà e diritto all'abitazione*, in *La resp. Civ.*, 2012, 284 e ss.

SCHLESINGER P., voce *Arricchimento* (Azione di), in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1004 ss.;

SEDGWICK, *A Treatise on the Measure of Damages; or an Inquiry into the Principles which Govern the Amount of Pecuniary Compensation Awarded by Courts of Justice*, 8th ed., vol. I, New York, 1891, 503 e ss.

SERRAIOTTO C., *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giust. Civ.* (online), n.2/2016.

SERRAIOTTO C., *Obligation to renegotiate unbalanced contracts: the covenant of good faith, the article 2 of the italian Constitution and the influence of the European Union regulation. An analysis of recent cases*, in *Lex Social*, Vol. 7 n. 1/2017, 531-554.

SEVERI C., *Perdita di chances e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 399 e ss.

SHAV J., *Citizenship, Migration and Free Movement in Brexit Britain*, in *German Law Journal*, Vol. 17— Brexit Supplement (1° luglio 2016), 102.

SICHEL L., *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, th. dactyl, Paris I, 2011, 468 e ss.

SIRENA P., *Il risarcimento dei cd. Danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento*

senza causa, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 531 e ss.

SIRENA P., *La categoria dei contratti di collaborazione*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di Sirena, Torino, 2011, 4.

SIRENA P., *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, relazione tenuta al Convegno svoltosi ad Ischia, 13-14 aprile 2013 da parte del dott. PIETRO A. SIRENA, Presidente della IV sezione della Corte di Cassazione. Reperibile online: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=63007>.

Solidarietà. Un'utopia necessaria, in *Riv. Dir. civ.*, vol. 62, n. 1, 2016, 154-159.

SPADARO A., *Il problema del fondamento dei diritti "fondamentali"*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V Convegno dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 1990, Milano 1995, 235 ss.

SPAGNUOLO VIGORITA L., *Il lavoro nel codice civile, oggi*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, tomo II, 1185.

STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1974, 371 et ss.

STARCK B., *La responsabilité envisagée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947.

STELLA F., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 814 e ss.

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale: il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, I ed., 1975, 311 ss.

SUMMERER, *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della condicio sine qua non*, in *Ind. pen.*, 2011, 102 e ss.

SUPIOT A., *Au – delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission européenne*. Paris, Flammarion, 1999, trad. it., a cura di MINGIONE E., BARBIERI P., *Il futuro del lavoro*, CAROCCI C., 2003.

SUPIOT A., *Critica del diritto del lavoro*, Roma, 1997, 167.

SUPIOT A., *Homo Juridicus, saggio sulla funzione antropologica del diritto*, trad. it. Di Ximena Rodriguez, Milano, 2006, 63 e ss.

SUPIOT A., *La solidarité. Enquete sur un principe juridique*, Odile Jacob, 2015.

SUPIOT A., *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale* (2010), Milano 2011, 37.

- SUPIOT A., *Ni assurance ni charité: la solidarité*, «*Le Monde diplomatique*», n. 728, novembre/2014, p. 3.
- THOBANI S., *Trattamento illecito di dati personali – Invio di comunicazioni indesiderate: il risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2017, 7, 1537.
- TONDI DELLA MURA V., *La solidarietà fra etica ed estetica*, Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti n. 00 del 2 luglio 2010.
- TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, 455.
- TRABUCCHI, CIAN, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1984, 810 e ss.
- TRAULLÉ J., *L'éviction de l'article 1382 du Code Civil en matière extracontractuelle*, L.G.D.J., 2007, 127 et s.
- TRAVAGLINO G., *Il danno esistenziale tra metafisica e diritto*, in *Corr. Giur.*, 2007, 532 e ss.
- TRICOT J.P., *L'évaluation de l'incertitude, Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverses?* Bruxelles, Larcier, 2008, 202 e ss.
- TRIMARCHI P. (a cura di), *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, Milano, 1994; B. POZZO, *Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa. Il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità europee*, in *Rivista Giur. dell'Ambiente*, 2000, 623 e ss., 1994.
- TRIMARCHI P. (a cura di), *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, Milano, 1994.
- TRIMARCHI P., *Causalità giuridica e danno*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISINTINI, Milano, 1984, 2 e ss.
- TRIMARCHI P., *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 e ss.
- TRIMARCHI P., *La clausola penale*, Milano, 1954, 11.
- TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.
- TRIMARCHI P., *Le Istituzioni di Diritto Privato*, XV ed., Milano, 2003, 92.
- TRIMARCHI P., voce "Illecito (dir. priv.)", in *Enc. del dir.*, XX, Giuffrè, 1970, 99 ss.
- TURCO E., *I prodromi della riforma*, in AA. VV., *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di TRIGGIANI, Giapichelli, 2014, 221 e ss.
- VALCAVI G., *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1998, 1007.
- VAN COMPERNOLLE J. et MIGNOLET O., *L'astreinte – Règles générales et champ d'application*, Commission Université-Palais, Vol. 65, Larcier, 2003, 197.

- VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, coll. "Publications des facultés universitaires Saint Luis", 2001, 25 e ss.
- VANZETTI A., *La "restituzione" degli utili di cui all'art. 125, n. 3, C.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.*, 2006, 323 ss.
- VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, 629 e ss.
- VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. "Manuels", 2002, 474 e ss.
- VETTORI G., *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 393 ss.
- VILLA G., *La quantificazione del danno contrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010, 1, 37.
- VINEY G., *L'avenir des régimes d'indemnisation indépendants de la responsabilité civile*, Mélanges Draï, Dalloz, 2000, 671.
- VINEY G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, prèf. TUNC A.
- VINEY G., *Pour ou contre un "principe général" de responsabilité pour faute? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens, Le droit privé à la fin du XX siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, 569 e ss.
- VINEY G., *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, LGDJ, III ed., 2008, n. 1.
- VIOLA L., *Il danno nelle relazioni affettive con cose e animali*, in *Resp. civ.*, 2009, n. 2 174.
- VIRGADAMO P., *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. pers.* (2006), 1894 e ss.
- VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, 2009, 11 e ss.
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 1999, 56 e ss.
- VON CAEMMERER E., *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, in *Gesammelte Schriften*, I, Tübingen, 1968, 416 e ss.
- VON JHERING R., *Lo scopo del diritto*, trad. it., a cura di M.G. Losano, Torino, 1972, 47.
- WELLS M.L., *A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on*

Punitive Damages, in *La. L. Rev.*, 557 ss.

WERY P., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Chartre, 2004, 313, n° 24.

ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008.

ZANA M., *Responsabilità del professionista*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, 4 e ss.

ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, in *F.I.*, 1986, I, 384 ss.

ZEUNER A., *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden*, in *AcP* 163 (1964), 380 e ss.

ZIPURSKY, *A theory of punitive damages*, in *84 Tex. L. Rev.*, 2005, 105, 106 – 107.

ZIVIZ P., BILOTTA F., *Danno esistenziale: forma e sostanza*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1307 e ss.

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale, evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011.

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; in *Danno e Resp.*, 2009, 19 ss., con commenti di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "De profundis" per il danno esistenziale*.

ZIVIZ P., *La scivolosa soglia dei diritti inviolabili*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011, 1301 e ss.

ZIVIZ P., *La sindrome del vampiro*, in *Giur. it.*, 2007, 1112 ss., 1115.

ZIVIZ P., *Verso un altro paradigma risarcitorio*, in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, ZIVIZ P., Milano, 2000.

ZOPPINI A., *Attuazione e tutela dei diritti*, IV, *La responsabilità e il danno*, III, Milano, 2009, 137 e ss.

The Trento Lawtech Research Paper Series is published since Fall 2010

1. **Giovanni Pascuzzi**, L'insegnamento del diritto comparato nelle università italiane (aggiornamento dati: dicembre 2009) - The Teaching of Comparative Law in Italian Universities (data updated: December 2009), Trento Law and Technology Research Group Research Papers, October 2010.
2. **Roberto Caso**, Alle origini del copyright e del diritto d'autore: spunti in chiave di diritto e tecnologia - The Origins of Copyright and Droit d'Auteur: Some Insights in the Law and Technology Perspective, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2010.
3. **Umberto Izzo, Paolo Guarda**, Sanità elettronica, tutela dei dati personali e digital divide generazionale: ruolo e criticità giuridica della delega alla gestione dei servizi di sanità elettronica da parte dell'interessato - E-health, Data Protection and Generational Digital Divide: Empowering the Interested Party with the Faculty of Nominating a Trusted Person Acting as a Proxy when Processing Personal Health Data within an Electronic PHR, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2010.
4. **Rossana Ducato**, "Lost in Legislation": il diritto multilivello delle biobanche di ricerca nel sistema delle fonti del diritto (convenzioni internazionali, leggi europee, nazionali e regionali, softlaw) - "Lost in legislation": The Multilevel Governance of Research Biobanks and the Sources of Law (International Conventions, European, National and Regional legislations, Softlaw), Trento Law and Technology Research Group 37 Research Papers; December 2010.
5. **Giuseppe Bellantuono**, The Regulatory Anticommons of Green Infrastructures, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; February 2011.
6. **Francesco Planchenstainer**, La regolamentazione dell'acqua destinata ad impiego alimentare: analisi storico comparativa dei differenti approcci sviluppati negli USA e nella UE - The Regulation Of Water For Nutritional Use: A Comparative and

Historical Analysis of the Different Approaches Developed in US and EU Law, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; April 2011.

7. **Roberto Caso, Giovanni Pascuzzi**, Valutazione dei prodotti scientifici nell'area giuridica e ruolo delle tecnologie digitali – Evaluation of Scientific Products in the Legal Field and the Role of Digital Technologies, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; May 2011.
8. **Paolo Guarda**, L'Open Access per la dottrina giuridica e gli Open Archives: verso un futuro migliore? - Open Access to legal scholarship and Open Archives: toward a Better Future?, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2011.
9. **Thomas Margoni**, Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet - Exceptions and Limitations to Copyright Law in the Internet, Trento Law and Technology Research 38 Group Research Papers; January 2012.
10. **Roberto Caso**, Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche - Plagiarism, copyright and technological revolutions. Trento Law and Technology Research Group Research Papers; February 2012.
11. **Giovanni Pascuzzi**, Diventare avvocati e riuscire ad esserlo: insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative - How to become lawyers and able to do so: teaching the ethics of the legal profession through narrative, Trento Law and Technology Research Group. Research Papers; July 2012.
12. **Umberto Izzo**, Il 'Contratto sulla neve' preso sul serio: due modelli di contratto (per la fruizione delle aree sciabili e per l'insegnamento sciistico) – Taking the 'Contract on the Snow' Seriously: Two Model Contracts (For Accessing and Using the Ski Area, and For the Teaching of Skiing), Trento Law and Technology Research Group Research Paper; 2012.
13. **Francesco Planchestainer**, "They Collected What Was Left of the Scraps": Food Surplus as an Opportunity and Its Legal Incentives, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; Febraury 2013.

14. **Roberto Caso**, I libri nella “tempesta perfetta”: dal copyright al controllo delle informazioni digitali - Books into the “perfect storm”: from copyright to the control of information, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; March 2013. 39
15. **Andrea Rossato**, Beni comuni digitali come fenomeno spontaneo - Digital Commons as a Spontaneous Phenomenon, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; May 2013.
16. **Roberto Caso**, Scientific knowledge unchained: verso una policy dell’università italiana sull’Open Access - Scientific knowledge unchained: towards an Open Access policy for Italian universities, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; May 2013
17. **Valentina Moscon**, Copyright, contratto e accesso alla conoscenza: un’analisi comparata - Copyright, contract and access to knowledge: a comparative analysis, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; December 2013
18. **Roberto Caso**, La via legislativa all’Open Access: prospettive comparate - The legislative road to Open Access: comparative perspectives, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; January 2014
19. **Roberto Caso**, Misure tecnologiche di protezione: cinquanta (e più) sfumature di grigio della Corte di giustizia europea, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; March 2014
20. **Federica Giovanella**, Enforcement del diritto d'autore nell'ambito di Internet vs. protezione dei dati personali: 40 bilanciamento tra diritti fondamentali e contesto culturale, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; April 2014
21. **Umberto Izzo, Rossana Ducato**, The Privacy of Minors within Patient-Centered eHealth Systems, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; June 2014

22. **Roberto Caso, Rossana Ducato**, Intellectual Property, Open Science and Research Biobanks, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; October 2014
23. **Paolo Guarda**, Telemedicine and Application Scenarios: Common Privacy and Security Requirements in the European Union Context, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; July 2015
24. **Roberto Caso, Rossana Ducato**, Open Bioinformation in the Life Sciences as a Gatekeeper for Innovation and Development, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; December 2015
25. **Roberto Caso**, Il diritto non abita più qui: la crisi degli studi giuridici tra dati e domande, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; February 2016
26. **Roberto Caso, Giulia Dore**, Copyright as Monopoly: the 41 Italian Fire under the Ashes, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; February 2016
27. **Thomas Margoni, Roberto Caso, Rossana Ducato, Paolo Guarda, Valentina Moscon**, Open Access, Open Science, Open Society, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; March 2016
28. **Roberto Caso**, La scienza aperta contro la mercificazione della ricerca accademica?, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; April 2016
29. **Giovanni Pascuzzi**, Cosa intendiamo per «metodo casistico»? , Trento Law and Technology Research Group Research Papers; December 2016
30. **Roberto Caso**, Una valutazione (della ricerca) dal volto umano: la missione impossibile di Andrea Bonaccorsi, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; March 2017

31. **Giovanni Pascuzzi**, Has comparative law in Italy lost its driving force?, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; March 2017 42
32. **Roberto Caso**, Scienza aperta, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; August 2017
33. **Matteo Ferrari**, Proprietà e diritto a essere inclusi, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2017
34. **Giovanni Pascuzzi**, Il fascino discreto degli indicatori: quale impatto sull'Università?, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; December 2017
35. **Roberto Caso**, The Darkest Hour: Private Information Control and the End of Democratic Science, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; May 2018
36. **Roberto Caso**, Il diritto d'autore accademico nel tempo dei numeri e delle metriche; August 2018