FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA
"TULLIO ASCARELLI"
SEZIONE DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA – AREA DIRITTO CIVILE
XXI CICLO
TESI DI DOTTORATO

"IL DANNO RISARCIBILE TRA CATEGORIE SISTEMATICHE ED ESIGENZE DI TUTELA"

DOTTORANDO
DOTT. ANDREA GANGEMI

TUTOR
CHIAR.MO PROF. ADOLFO DI MAJO

A.A. 2007-2008

E così dalle ricerche di storia universale, dai paralleli fra i vari popoli, dallo stesso anelito di far trionfare il principio comune della raison*, unico per tutti, vien fuori la particolarità di quest'Europa, "*de notre Europe*".*

(C. DE MONTESQUIEU, *Essai sur le mœurs*, cap. CXCVII, cit. in F. CHABOD, *Storia dell'idea d'Europa*, Bari, 1967, pag. 119)

A Paolo

INDICE

Introduzione VI

1. La dialettica del danno risarcibile

1.1. La nozione di danno

1.1.1. Premessa 1

1.1.2. Il danno reale 3

1.1.3. La *Differenztheorie* 5

1.1.4. Il danno normativo 9

1.1.5. Osservazioni 11

1.2. La tutela risarcitoria

1.2.1. La prospettiva della tutela 13

1.2.2. Le diversità del sistema 15

1.2.3. La prospettiva funzionale 22

1.2.4. La prospettiva rimediale 25

1.3. Esigenze di tutela e bilanciamento di interessi

1.3.1. Il bisogno di tutela 29

1.3.2. Le pulsazioni del danno risarcibile 30

1.3.3. Il bilanciamento di interessi 31

1.4. L'evoluzione del danno risarcibile

1.4.1. La tutela aquiliana del credito 33

1.4.2. Il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi 44

1.4.3. Il danno non patrimoniale 52

2. La soglia di rilevanza del danno

2.1. Il paradosso del sorite

2.1.1. Il problema 77

2.1.2. Il paradosso 79

2.1.3. L'ambito di indagine 80

2.2. Fondamento positivo e inquadramento sistematico

della soglia
2.2.1. Il concetto di soglia 81
2.2.2. La soglia come presupposto della tutela 84
2.2.3. La soglia come limite dell'ingiustizia 107
2.2.4. Prospettive di diritto privato europeo 110
2.3. La soglia di rilevanza come proprietà del danno risarcibile
2.3.1. Collocazione sistematica del concetto di soglia 123
2.3.2. Criteri di determinazione della soglia 125
3. I confini del danno risarcibile
3.1. Premessa 130
3.2. Il limite interno: la "concretizzazione" del danno
3.2.1 L'onere della prova
3.2.2. La determinazione dei punti di invalidità
3.2.3. La perdita di chances
3.3. Il limite esterno: i danni punitivi
3.3.1. Il risarcimento del danno come sanzione
3.3.2. La funzione deterrente della responsabilità civile
3.3.3. Considerazioni conclusive
Conclusioni
Bibliografia

INTRODUZIONE.

"Alles Gescheite ist schon gedacht worden,

man muss nur versuchen, es noch einmal zu denken"[1].

Ripensare il danno, ridisegnarne i confini e le implicazioni, è necessario non perché i concetti esistenti non siano più attuali o perché il sistema non tenga, ma perché *ci sono più cose in cielo e in terra* di quante ne contenga la scienza giuridica. E allora il diritto è tenuto a rincorrere e raggiungere la realtà per comprenderla nuovamente e darle risposte adeguate.

La partita si gioca tra la coerenza sistematica dell'ordinamento e l'esigenza di tutelare in maniera più profonda e completa i soggetti che agiscono all'interno dell'ordinamento stesso: istituti che hanno attraversato i secoli da un lato, evoluzione della sensibilità comune dall'altro. Esemplificativa in tal senso è l'affermazione della Cass. n. 8827/03, che mette in evidenza "*l'evoluzione della giurisprudenza di questa S.C., sollecitata dalla sempre più avvertita esigenza di garantire l'integrale riparazione del danno ingiustamente subito, non solo nel*

[1] J.W. GOEHTE, *Aus den Maximen und Reflexionen ein Brevier*, Firenze 1950, 16.

patrimonio inteso in senso strettamente economico, ma anche nei valori propri della persona (art. 2 Cost.)"[2].

Il percorso della responsabilità civile, negli ultimi anni, rivela una propensione maggiore per le esigenze di tutela[3]: dalla tutela aquiliana del credito al riconoscimento della risarcibilità per lesione degli interessi legittimi, fino all'universo del danno non patrimoniale (nel quale le SS.UU. hanno tentato di mettere ordine, pur tra le maglie larghe di un sistema in continua evoluzione[4]). Il danno risarcibile rappresenta il cuore pulsante di questa evoluzione, e "diastole" e "sistole" della pulsazione sono, rispettivamente, le fasi di espansione, di dilatazione, caratterizzate dalla maggiore propensione verso nuove esigenze di tutela, da un lato, e dall'altro i momenti di contrazione, ovvero di inquadramento sistematico delle voci di danno man mano individuate dalla giurisprudenza o dalla dottrina, di contenimento mediante parametri, per così dire, di controllo, onde evitare un'eccessiva apertura alle pretese risarcitorie.

Sotto un altro profilo, la dialettica tra responsabilità aquiliana e contrattuale ha seguito la stessa direzione: prima un progressivo avvicinamento delle due sfere, divise da una "terra di nessuno" tra

---

[2] Cass. sent. 31.05.2003, n. 8827, in Foro it., 2003, pag. 2272 ss. con nota di L.LA BATTAGLIA, E. NAVARRETTA; in Danno e resp., 2003, pag. 816 ss. con nota di F.D. BUSNELLI, G.PONZANELLI, A.PROCIDA MIRABELLI DI LAURO; in Corriere giur., 2003, pag. 1024 ss. con nota di M.FRANZONI; in Resp. civ., 2003, pag. 675 ss. con nota di P.CENDON, E.BARGELLI, P.ZIVIZ.

[3] Per una chiara impostazione del problema cfr. A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, pag. 4 ss.

[4] Cass. S.U., sent. 11.11.2008, n. 26972, in Resp.civ. 2009, pag. 4 ss.

contratto e torto[5], poi una vera osmosi, man mano che le rispettive membrane divisorie si sono fatte più porose e permeabili, sempre alla ricerca di una migliore copertura in punto di tutela. Infine il diritto comunitario ha accentuato questo *trend* con i propri interventi a macchia di leopardo, sempre più attento alla protezione degli interessi sottostanti che alla coerenza logico-giuridica del sistema.

A fronte di tale sviluppo sul piano rimediale, pertanto, occorre indagare quali mutamenti si siano verificati o si debbano compiere sul piano concettuale. In tale quadro il danno rappresenta un osservatorio privilegiato delle dinamiche tra gli assetti in gioco. Il danno è come un fiume che straripa, superando gli argini delineati dal normale svolgersi della vita: le zone circostanti vengono invase dall'esondazione, l'acqua si espande in ogni direzione, prima in piena, ben visibile e percepibile, poi man mano più debole, fino a disperdersi in mille rivoli che vengono assorbiti dalla terra. La difficoltà è stabilire quale sia il limite entro il quale l'esondazione del danno sia da addossare al danneggiante e dove, invece debba essere sopportata dal danneggiato[6].

A tale proposito è stato osservato che "*ogni sistema conosce una serie di criteri di limitazione del danno da risarcire, nell'idea, comune a*

---

[5] Per questa espressione cfr. F.D.BUSNELLI, *Itinerari nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in Contr.e impr. 1991, pag. 539 ss.

[6] Cfr. S.PATTI, *Danno patrimoniale*, in Digesto Priv.sez.civ. V, pag. 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*".

tutte le culture giuridiche, che il debitore o il danneggiante non devono rispondere di tutte le ripercussioni, anche di quelle più lontane e indirette, che sul patrimonio del creditore e del danneggiato ha comportato l'inadempimento e il fatto illecito. E a questo riguardo la problematica relativa alla necessità del requisito della causalità giuridica occupa un posto centrale in tutte le trattazioni sui fatti illeciti e sulla responsabilità civile in generale"[7].

Studiare il bilanciamento degli interessi coinvolti, tentare di individuare il limite e il discrimine tra le ragioni dell'uno e dell'altro può consentire, attraverso un percorso a ritroso, di ricostruire dal basso un sistema che rispetti ancora i cardini dell'ordinamento, dando forse una chiave di lettura nuova alle esigenze di tutela maturate dalla sensibilità attuale.

Il compito che si ripropone il presente lavoro non è, pertanto, quello di dare un inquadramento sistematico a tutte le molteplici voci di danno che si sono sviluppate nel corso dei decenni (né potrebbe averne la pretesa), bensì di indagare più a fondo l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria, ovvero sviluppare quella zona, meno approfondita, che si trova a metà tra la fonte della responsabilità (l'inadempimento o il fatto illecito) e la liquidazione del danno, per tentare di individuare in questa i meccanismi che hanno consentito e che consentono di gestire il rapporto

[7] Cfr. G.VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, pag. 630.

dinamico e spesso problematico tra la disciplina codicistica e la sua applicazione pratica[8].

È stato correttamente rilevato, infatti, che "*con riguardo all'obbligazione di risarcimento, viene dunque in discussione non già il danno ingiusto ma il danno risarcibile. La nozione di "danno risarcibile" non si ritrova nella* regula aurea *sul danno ex art. 2043 c.c., ma nelle disposizioni che delimitano l'obbligazione risarcitoria e/o meglio nel senso che il danno risarcibile è quello che lo stesso regime risarcitorio valuta come giuridicamente rilevante ai fini dell'obbligazione di risarcimento…tra ipotesi di danno e obbligazione risarcitoria v'è stretta convergenza. L'ipotesi di danno si definisce anche in relazione all'obbligazione risarcitoria che ne segue (v. riferimento alla "perdita subita e mancato guadagno" ex art. 1223 c.c.) come quest'ultima si definisce funzionalmente in relazione al danno al quale deve porre rimedio*"[9].

Si tenterà, in ultima analisi, di mettere in luce quali siano e quali debbano essere le caratteristiche essenziali e qualificanti del danno risarcibile, i punti di riferimento indispensabili per orientarsi in un processo, quale quello di progressiva espansione della tutela risarcitoria, che nel dibattito attuale coinvolge le problematiche più ampie della

---

[8] Si tratta, cioè, di quelle regulae iuris che costituiscono la disciplina della tutela risarcitoria, cfr. A.DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in Riv.dir.civ., 2005, pag. 244 ss.
[9] Cfr. A.DI MAJO, *op.ult.cit*., pag. 247 s.

responsabilità civile, dalla sua funzione nell'ambito dell'ordinamento alla sua ripartizione nell'area contrattuale e in quella aquiliana, fino a rimetterne in gioco lo stesso fondamento alla luce delle nuove prospettive di diritto privato europeo[10].

[10] Cfr. C.CASTRONOVO-S.MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, II, pag. 213 ss.

1. LA DIALETTICA DEL DANNO RISARCIBILE.

1.1. La nozione di danno.

1.1.1. *Premessa.* - Nell'impostare un discorso sul danno risarcibile ci si trova innanzi tutto di fronte alla difficoltà di descrivere l'oggetto della ricerca. Il concetto di danno, infatti, è tanto concreto e immediato a livello intuitivo quanto multiforme e sfuggente sul piano definitorio[1]. Di fronte all'interrogativo su cosa sia il danno si potrebbe rispondere, parafrasando S. Agostino: "*Se nessuno m'interroga lo so; se volessi spiegarlo a chi m'interroga, non lo so*"[2].

Il punto di partenza è il danno nella sua accezione fenomenica e pre-giuridica, in quanto costituisce il serbatoio magmatico e informe dal quale emerge il materiale incandescente che, temprato e forgiato con gli strumenti del diritto positivo, rappresenterà il danno risarcibile. Da un punto di vista materiale o naturalistico, infatti, il senso comune ha una percezione immediata di cosa sia un danno, il cui significato è profondamente radicato nel sentire sociale. Si potrebbe allora definire il danno come "*ogni forma di pregiudizio e/o di alterazione in peggio di un*

---

[1] Il problema è affrontato da tutte le trattazioni a carattere istituzionale e sistematico sull'argomento. Cfr. ad es. A.DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979; Id. *Danno (dir.vig.)*, in Enciclopedia del diritto, XI; M.V. DE GIORGI, *Danno. I. Teoria generale*, in Enc.giur., X; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in Trattato della responsabilità civile diretto da M.FRANZONI, Milano, 2004; D.MESSINETTI, *Danno giuridico*, in Enc.dir. Aggiorn. I; S.PATTI, *Danno patrimoniale*, in Digesto, Priv. sez.civ. XVII ; C.SALVI, *Danno*, in Digesto, Priv. sez.civ. V; R.SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in Novissimo Digesto It., XVI.

[2] AGOSTINO, *Le Confessioni*, XI,14, pag. 246, Torino, 1966 traduzione di C. CARENA. La versione originale si riferiva al concetto di tempo.

bene o di un interesse, riferiti ad un determinato soggetto"[3]. Tuttavia, sebbene tale descrizione metta perfettamente in luce alcuni aspetti caratteristici del danno, non è soddisfacente dal punto di vista giuridico. In questa accezione, infatti, anche un padre che non permette al figlio di vedere un programma in televisione gli arreca un danno, così come il sole che scioglie un gelato, un temporale che rovina un pic-nic o un ragazzo che lascia la propria ragazza; ma ciò non può avere ovviamente rilevanza giuridica, a meno che, come potrebbe essere accaduto nell'ultimo esempio, il ragazzo non le avesse già fatto una promessa di matrimonio, nel qual caso l'ordinamento attribuisce al fatto una certa rilevanza[4].

Il discrimine, dunque, è che l'ordinamento presti una tutela all'interesse leso. Ma proprio nel momento in cui si tenta di stabilire dei parametri oggettivi che consentano di individuare gli interessi tutelati e conseguentemente di descrivere normativamente il danno, il quadro si fa più complesso e articolato, come ha osservato Peter Schlechtriem, in un articolo del 1997: "*Jedermann weiß, was Schaden ist – nur die Juristen offenbar nicht*"[5].

---

[3] Per questa definizione di danno in senso naturalistico cfr. A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, pag. 220.

[4] Ci si riferisce, naturalmente, alla disciplina prevista nel Capo I del Titolo VI del Libro I del codice civile e, in particolare, agli artt. 80 e 81 c.c.

[5] P.SCHLECHTRIEM, *Schadensersatz und Schadensbegriff* in ZEuP 1997, pag. 232. Non a caso la scelta dei legislatori di tutte le grandi codificazioni è nel senso di non darne una definizione precisa ma di presupporla: il codice civile tedesco, ad esempio, parla semplicemente di *Schadensersatz* (§§ 249, 281 BGB); il Code civil francese di *dommage* (art. 1382. code civil), o *dommage-intérêts* (art. 1146 ss. code civil), il Còdigo civil spagnolo di *daño* (art. 1902 còdigo civil) o *daños y perjuicios*. (art. 1101 còdigo civil) Diversamente, il codice civile austriaco prevede che "*Schaden heisst jeder*

1.1.2. *Il danno reale.* - Il primo passaggio da un concetto meramente naturalistico o "fisico"[6] di danno ad uno inquadrabile negli schemi di una disciplina giuridica si ha con la nozione di "danno reale"[7], che si concentra sul bene materiale che viene leso, danneggiato o distrutto. Tale concezione affonda le proprie radici nel diritto comune e, prima ancora, nel diritto romano, la cui disciplina, poi confluita nella *Lex Aquilia de damno*, si appuntava sulla previsione di una doviziosa casistica di danni *corpori* o *corpore* dati[8].

Da un lato, quindi, tale impostazione non riguarda danni intesi in senso generico, bensì si rivolge a beni giuridicamente tutelati[9] (un braccio, una mano, uno schiavo); dall'altro, però, rimane legata al dato materiale, meramente oggettivo del danno, ovvero la natura e le caratteristiche del bene leso.

La tutela risarcitoria è circoscritta, pertanto, alla *aestimatio rei*, ovvero al valore venale (o di mercato) del bene leso, eventualmente

---

Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder Person zugefügt worden ist", § 1293 AGBG.

[6] Cfr. E.BONVICINI, *La responsabilità per danni nel diritto delle obbligazioni*, Milano, 1963, pag. 5.

[7] La cui prima teorizzazione compiuta in questi termini è tuttavia successiva, ed è dovuta a H.A.FISCHER, *Der Schaden nach dem BGB*, München, 1903.

[8] Per una analisi più approfondita si rinvia a M.PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli 2008, pag. 38 ss. ed alla bibliografia ivi citata. L'autore mette in evidenza l'importanza di questo "*modello descrittivo del danno*" sottolineando una "*insospettata persistenza di nozioni e regole che in materia sono trapassate, in forma pressoché immutata, sino alla soglia delle moderne codificazioni e sovente anche oltre*", influenzando ad es. i Principi Unidroit e i Principi di diritto europeo dei contratti, *op.cit*. pag. 39.

[9] Questo elemento, che pone la nozione "reale" di danno su un piano superiore rispetto alla concezione naturalistica o colloquiale, è chiaramente sottolineato da A.DI MAJO, *op.cit*., pag. 225.

dedotto il costo del relitto[10]. Il parametro del *quanti ea res est*, tuttavia, presenta un duplice limite: in primo luogo, il valore di un bene non costituisce necessariamente un dato certo ed inequivocabile (basti pensare alle variazioni di prezzo cui sono soggette le merci in base al tempo ed al luogo in cui sono vendute); in secondo luogo non tiene in conto l'aspetto soggettivo, cioè il valore che quel bene ha per il proprietario. Un oggetto, in altre parole, non rileva solo per il suo valore intrinseco, ma per l'uso che ne viene fatto, per la funzione che svolge e, in ultima analisi, per l'interesse che ne ha il proprietario ovvero, con formula sintetica, per l'*id quod interest*[11]. Un ragionamento che considera l'oggetto in sé, estrapolato dal contesto di attività economiche, di azioni quotidiane e anche di affetti in cui si trova, risulta evidentemente parziale e non soddisfacente.

Al contrario, il compito di un'analisi del danno è di fornire il quadro più ampio e profondo possibile in modo da apprestare al danneggiato una tutela completa ed effettiva. In quest'ottica l'ingresso dell'interesse del danneggiato segna un passo decisivo. Ad esempio, nel risarcire un soggetto per la distruzione di un bene, non è sufficiente

---

[10] Cfr. M.FRANZONI, *op.cit*., pag. 99 ss. e, in particolare, pagg.109-110, la cui indagine, arricchita dall'apporto di casi pratici, ha il pregio di mettere in evidenza i lati positivi e gli apporti costruttivi che tutte le concezioni del danno possono ancora dare (e sul punto v. *infra*).

[11] Cfr. M.FRANZONI, *ibidem*.

corrispondere il suo valore in denaro, ma occorre anche tener conto delle utilità che il soggetto avrebbe tratto da quel bene[12].

Schematicamente, si può dire che il criterio oggettivo (*aestimatio rei*) del danno si riferisce al mero danno emergente, mentre serve un criterio soggettivo (*id quod interest*) per completare con il lucro cessante la misura del danno[13].

1.1.3. *La Differenztheorie.* - I limiti appena indicati sono superati, invece, dalla c.d. *Differztheorie* elaborata da Mommsen[14], secondo la quale il danno consiste nella differenza tra la situazione del patrimonio del danneggiato in un dato momento e quella in cui il patrimonio si sarebbe trovato se l'evento dannoso non si fosse verificato. Il grande pregio di tale impostazione sta nel non limitarsi al solo bene leso, bensì nel considerare l'intero intreccio economico di rapporti e conseguenze innescati dall'evento dannoso e le sue ricadute sul piano patrimoniale[15].

---

[12] Si prescinde, in questa sede, da altre componenti del danno che attengono alla sfera soggettiva del danneggiato quale, ad esempio, il valore di affezione di un bene che, magari di poco prezzo, può avere un grande significato simbolico per il proprietario.

[13] In questi termini M.PACIFICO, *op.cit*. pag. 44. Nello stesso senso M.FRANZONI, *loc.cit*.

[14] T.MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, pag. 3 ss. „*die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde*".

[15] Secondo una teoria „intermedia" proposta da K.LARENZ, *Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegrifff im Schadensersatzrecht*, in VersR., 1963, pag. 1 ss; ID. *Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht*, in Festschrift für Nipperdey, München-Berlin, 1965, pag. 489 ss., la teoria „reale" del danno andrebbe combinata con quella della differenza, la prima in relazione al criterio oggettivo di valutazione e la seconda ad integrare con l'aspetto soggettivo. Tale impostazione, criticata da F.MASTROPAOLO, *op.cit*. pag. 9, ha il pregio di non considerare una singola teoria o costruzione

Sono così ricomprese, ad esempio, le utilità che il danneggiato avrebbe conseguito se non avesse subito il danno (*lucro cessante*), ma vengono anche dedotti i vantaggi che la stessa persona ha tratto dall'evento (c.d. *compensatio lucri cum damno*)[16].

Il criterio differenziale, per la sua duttilità ed autorevolezza, ha influenzato le discipline codicistiche in materia di danno le quali, pur non recependolo letteralmente, lo hanno tenuto presente nell'assegnare importanza decisiva al confronto tra i due momenti (quello reale, conseguenza dell'evento dannoso, e quello ipotetico, che si sarebbe avuto in sua assenza – c.d. *Differenzhypothese*) nonché alle consistenze patrimoniali: il § 249 BGB, ad esempio, prevede che il danneggiante debba riportare la situazione a quella in cui ci si sarebbe trovati se il fatto dannoso non si fosse verificato; lo stesso art. 1223 c.c. risente della teoria differenziale laddove danno emergente e lucro cessante non si riferiscono al singolo bene leso, bensì a perdite patrimoniali ed a mancati guadagni.

Numerosi sono, tuttavia, i limiti della *Differenzhypothese*. Le principali critiche che sono state sollevate riguardano, in primo luogo, la

---

interpretativa in termini assoluti, ma di prendere il contributo che ciascuna può offrire. In questa direzione sembra andare anche M.FRANZONI, *op.cit*. pag. 102 ss.

[16] La *Differenztheorie* ha avuto un grande e duraturo successo Si rinvia, tra i tantissimi commentatori, a E.VON CAEMMERER, *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, in Gesammelte Schriften, I, Tübingen, 1968, pag. 416 ss.; A.ZEUNER, *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden*, in AcP 163 (1964), pag. 380 ss.; H.LANGE, *Schadensersatz*, Tübingen, 1979, H.HONSELL, *Herkunft und Kritik des Interessebegriff in Schadensersatzrecht*, in JuS 1973, pag. Pag. 69 ss.; nel panorama italiano A.DI MAJO, *op.cit*., pag. 225 ss.; ID. *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007, pag. 119 ss.; S.PATTI, *op.cit*., pag. 94 ss.; F.MASTROPAOLO, *op.cit*., pag. 7 ss.

sua astrattezza: si è osservato, in particolare, che "*il danno colpisce innanzi tutto beni e interessi specifici e non il patrimonio che si pone come entità astratta*"[17] e, peraltro, porrebbe l'ulteriore problema di definire il patrimonio e di determinarne l'inventario. A tali osservazioni è stato validamente risposto che "*data la natura della tecnica risarcitoria*", si devono analizzare le "*conseguenze e propagazioni di natura patrimoniale che quel danno ha provocato, conseguenze e propagazioni che non possono essere commisurate che al complessivo 'patrimonio' del soggetto, inteso come complesso di beni o utilità o 'potenzialità' che non sono indipendenti le une dalle altre ma cospirano a realizzare, attraverso un criterio subiettivo-fuzionale, una 'unità strutturale' dotata di rilevanza*"[18].

Su un altro versante si è obiettato che la teoria differenziale, prendendo le mosse dalla considerazione del patrimonio del danneggiato, non sarebbe adatta a considerare i danni non patrimoniali, con grave limitazione, in particolare, in relazione ai danni alla persona[19] o al danno morale. Anche a tale critica si è tentato di replicare, sostenendo che "*anche in questo caso il risarcimento deve tradursi in una somma di danaro tale da assicurare un piacere o un conforto spirituale che*

---

[17] R.SCOGNAMIGLIO, *op.cit*., pag. 6, ma già ID. *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale*, in Riv.dir.civ., 1957, pag. 277 ss. e ID. *Appunti sulla nozione di danno*, in Riv.trim.dir. e proc.civ., 1969, pag. 468 ss.; nello stesso senso A.RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, pag. 37 ss.
[18] A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti, cit*. pag. 226.
[19] Otre agli autori citati nella precedente nota, cfr. M.FRANZONI, *op.cit*., pag. 103 ss.

compensino il dolore, colmando o restaurando – tendenzialmente – l'alterazione della sfera emotiva, sentimentale, affettiva del danneggiato"[20], ma la difesa non convince: se, infatti, vi sono lesioni a beni o interessi immateriali della persona (quali l'onore o l'immagine) che hanno una chiara ricaduta patrimoniale, ve ne sono altri che rimangono all'interno dell'animo del danneggiato. Riguardo a questi ultimi la *Differenztheorie* deve lasciare il passo a costruzioni più complete.

Si può comunque concludere, anche con riguardo alla teoria differenziale, con un bilancio sostanzialmente positivo nella ricerca di un modello soddisfacente di danno giuridicamente rilevante: come per la nozione di danno "reale", infatti, nonostante i limiti descritti, l'elaborazione teorica ha messo in evidenza il danno come "*concetto di relazione*"[21], ovvero la necessità di prendere in considerazione tutte le variabili economiche, connesse tra loro, relative alla sfera del soggetto danneggiato.

---

[20] F.MASTROPAOLO, *op.cit*., pag. 9.

[21] Cfr. S.PATTI, *op.cit*. pag. 96. L'importanza della *Differenztheorie* è sottolineata anche da C.SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, pag. 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*". Ma la sua rilevanza non è soltanto storica e, come si cercherà di dimostrare, gioca ancora un ruolo importante nella definizione e nel risarcimento del danno.

1.1.4. *Il danno normativo.* - Una diversa soluzione prende le mosse, infine, non dal bene leso o dal patrimonio del danneggiato, bensì dall'interesse del soggetto tutelato dall'ordinamento[22].

Una prima, autorevole, definizione, concepiva il danno come "*l'evento lesivo di un bene o interesse*"[23] ma se, da un lato, aveva il pregio di mettere in primo piano l'*id quod interest*, dall'altro lasciava irrisolti due problemi: il rapporto tra bene e interesse ed i requisiti che tali beni e interessi devono avere affinché il danno abbia rilevanza giuridica.

A tali aspetti risponde un'altra ricostruzione, secondo la quale "*oggetto del danno in senso giuridico altro non può essere se non un interesse umano giuridicamente tutelato*"[24]. L'interesse diventa, quindi, unico fondamento del concetto di danno[25], a condizione che non si tratti di un mero interesse soggettivo (come quello del bambino di guardare un programma alla televisione nell'esempio del par. 1.1.1.), bensì di una norma[26] che riconosca e tuteli quell'interesse[27]. In quest'ottica il bene

---

[22] Viene dato un ruolo centrale, dunque, all'*id quod interest* che, come si è visto, non era preso in considerazione nella nozione "reale" del danno ed acquistava rilevanza, secondo la teoria della differenza, solo nell'ambito dell'astratta operazione aritmetica di confronto tra il patrimonio attuale e quello che si sarebbe avuto senza l'evento dannoso.

[23] F.CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, pag. 14.

[24] A.DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, *passim*; nello stesso senso ID. *Danno (dir.vig.)*, in Enc.dir. XI, pag. 625.

[25] Per quanto riguarda la responsabilità contrattuale, naturalmente, l'interesse viene protetto dall'ordinamento in quanto dedotto nel contratto e tutelato, appunto, dalle norme che disciplinano le relative obbligazioni.

[26] Cfr. C.SALVI: La *responsabilità extracontrattuale (dir.vig.),* in Enc.dir. XXXIX, pag. 1203: "*La realtà è che quella di danno è una figura non pregiuridica, né di (mera) teoria generale, ma normativa, che può quindi essere compiutamente descritta solo sulla base dei dati positivi*".

[27] Il ruolo discriminante della norma che, predisponendo una tutela a favore di un determinato interesse, qualifica l'evento lesivo di quell'interesse come danno, è alla

retrocede a mero oggetto strumentale, che serve cioè a soddisfare l'interesse o attraverso il quale quello si realizza[28]. Conseguentemente è l'interesse in gioco a qualificare il danno: se ad essere leso è un interesse patrimoniale ci si troverà di fronte ad un danno patrimoniale mentre, se viene violato un interesse non patrimoniale[29] si avrà un danno non patrimoniale[30].

Secondo questa impostazione, data la premessa definitoria, che fa coincidere il danno con la lesione di un interesse giuridicamente tutelato, è sufficiente la violazione di un diritto perché, conseguentemente, si possa configurare un danno[31]. Tale rigore logico, tuttavia, non appare

---

base della nozione di "danno normativo". Per la sua teorizzazione cfr. R. NEUNER, *Interesse und Vermögensschaden*, AcP, 133 (1931), pag. 277 ss.. Si rinvia a A.DI MAJO, *op.ult.cit*., pag. 227 s. per un'analisi delle diverse sfaccettature che tale impostazione ha avuto.

[28] "*Quanto all'interesse, esso può definirsi come la relazione intercedente tra l'ente che subisce il bisogno e l'ente idoneo a soddisfarlo (bene). Mentre al concetto di bene è sufficiente l'attitudine alla soddisfazione di un bisogno umano, interesse, invece, è la possibilità che un bisogno di uno o più determinati soggetti venga soddisfatto mediante un bene*", ID. *op.ult.cit*., pag. 626.

[29] Questo viene definito in negativo, come categoria residuale di tutto ciò che non è patrimoniale.

[30] Critico nei confronti di questa tesi è C.SALVI, *Danno*, in Digesto, Priv.sez.civ. V, pag. 66, secondo il quale, invece, "*la patrimonialità è requisito inerente al danno, e non alla natura del bene o interesse leso*", argomentando che "*può aversi danno patrimoniale e obbligo di risarcimento anche per la violazione di diritti di natura personale*". Anche in questo caso, tuttavia, occorre distinguere tra bene oggetto dell'evento dannoso ed interesse leso: per uno stesso fatto dannoso, ad esempio la frattura di un braccio, il bene leso attiene all'integrità fisica, mentre si può parlare di un interesse patrimoniale leso, corrispondente al mancato guadagno dovuto all'impossibilità di usare l'arto, ed allo stesso tempo di un interesse non patrimoniale leso, quale appunto il diritto all'incolumità e al godimento della salute (sul punto si tornerà più ampiamente in seguito ma si segnala si da ora un'ulteriore chiave di lettura secondo la quale il danno alla persona costituisce una categoria a sé stante, "*non è né patrimoniale né non patrimoniale*", Cass. sent. 11.11.1986, n. 6607, in Giust.civ. 1987, 572).

[31] A.DE CUPIS, *op.ult.cit*., pag. 623, ove viene fatto l'esempio dell'ingresso abusivo nel fondo altrui, in cui " *anche se non vi sia alcun pregiudizio per le coltivazioni, per la produzione, è comunque pregiudicato l'interesse del proprietario del fondo, a non soffrire inframettenze, invasioni nella cosa propria*".

condivisibile nella sua generalità. Al contrario, è stato osservato che "*il danno, infatti, è in primo luogo concetto materiale-naturalistico e richiede un accertamento in concreto. In altri termini, il proprietario ...non potrà limitarsi a provare la violazione della norma e della situazione giuridica tutelata ma dovrà dimostrare che da essa sia derivato un danno*"[32].

1.1.5. *Osservazioni.* - Ecco, dunque, che proprio mentre si va affermando la preminenza del dato normativo nell'individuazione (dell'interesse protetto e quindi) del danno, riemerge in tutta la sua forza intuitiva l'elemento materiale. Nella prospettiva del danno normativo, infatti, il danno naturalistico viene relegato alla fase della pre-comprensione[33]. Ma questo passaggio rende il problema dell'individuazione del danno più complesso.

L'attenzione si sposta dal bene danneggiato o distrutto all'interesse leso e, ancora più a monte, alla norma che riconosce tale interesse meritevole di tutela e ne predispone una forma di protezione[34]. La lente dell'interesse giuridicamente protetto funziona come un prisma che scompone il concetto di danno in tutte le sue molteplici componenti cromatiche: dalla distinzione tra danno contrattuale ed extracontrattuale a

---

[32] S.PATTI, *op.cit.*, pag. 96 s.
[33] Cfr. R. NEUNER, *op.cit.*, pag. 277 ss.; J.ESSER**,** *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt, 1972; L.MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, Jus, 1973, pag. 3 ss.
[34] Ma distingue nettamente tra interessi tutelati e interessi meritevoli di tutela A.DE CUPIS, *op.cit.*, pag. 631.

quella tra danno patrimoniale e non patrimoniale; ed anche all'interno delle singole categorie si possono enucleare infinite voci di danno: da inadempimento, da ritardo, da risoluzione, da prestazione inesatta o, su altro versante, danno alla persona, all'immagine, all'integrità psico-fisica, alla vita di relazione, e così via, in un caleidoscopio di categorie ed etichette.

Anche la via della norma protettiva, pertanto, non risulta interamente soddisfacente. Si può tentare, tuttavia, un primo bilancio delle analisi sinora svolte, anticipando una delle conclusioni del presente lavoro: integrando l'insegnamento delle teorie "normative"[35] con la valenza pratica della concezione naturalistica, si può definire il danno come la lesione in concreto di un interesse giuridicamente protetto. Il correttivo consente di trovare un minimo comun denominatore al problema del danno risarcibile (integrando la nozione normativa con l'elemento pratico), pur aprendo la strada agli infiniti problemi sottesi ai singoli interessi protetti e, specularmente, potenziali oggetti di danno: "*i tipi di accadimento nei confronti dei quali è apprestato il rimedio*

[35] Fortemente critico nei confronti della nozione di danno "normativo" è D.MESSINETTI, *Il danno giuridico*, in Enc.dir. Aggiornamento I, pag.470, secondo il quale "*Nel modello formale o normativo, infatti, il concetto di danno viene risolto e rimane, per così dire, nell'astrattezza delle strutture normative. Il concetto di danno come "lesione di un interesse rilevante in forma giuridica" resta indubbiamente significativo per sottolineare la necessità che il fenomeno naturalistico si riproduca mediante i soggetti e il loro agire. Ma appunto per questo si tratta, piuttosto che di "un" discorso sul danno, di un discorso, diremmo, elementare e generico (o di una molteplicità di discorsi) che riguarda il trapasso nella sfera del giuridicamente rilevante di qualunque azione del soggetto*". Anche alla luce di tale rischio di "astrattezza" si ritiene opportuno inserire il piano della manifestazione in concreto del danno.

risarcitorio sono differenziati, e differenti sono le funzioni che la tutela è chiamata a svolgere, a seconda del 'tipo' di danno nei cui confronti è apprestata. Non più il 'danno' in generale, dunque; ma diverse figure di danno"[36].

1.2. La tutela risarcitoria.

1.2.1. *La prospettiva della tutela.* - Una diversa unitarietà, allora, può essere ricercata non più sul piano definitorio, bensì sul quello della disciplina, ovvero spostando l'indagine dal concetto di danno all'obbligazione risarcitoria[37]. A fondamento di tale unitarietà vi sarebbe la distinzione tra il piano della responsabilità (a monte) e quello delle sue conseguenze (a valle) e, laddove vi è differenza sul primo piano, sul secondo le regole tecniche ben potrebbero superare le differenze e guardare, piuttosto, ai punti di contatto[38] tra i quali, in primo luogo, il carattere patrimoniale del danno.

L'unitarietà risulterebbe, in particolare, dal rinvio operato dall'art. 2056 c.c. che rende applicabile anche al danno extracontrattuale la

---

[36] C.SALVI, *op.cit*., pag. 64. Di "*moltiplicazione dei danni*" parla invece D.MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in Riv.crit.dir.priv. 2007, pag. 555 ss.

[37] Il passaggio dal danno al suo risarcimento è frequente negli studi sull'argomento. Cfr. A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti, cit*. pag. 225: "*L'ipotesi di danno si definisce anche in relazione all'obbligazione risarcitoria che ne segue…come quest'ultima si definisce funzionalmente in relazione al danno al quale deve porre rimedio*". Sull'analisi funzionale del danno si dovrà tornare più avanti.

[38] Tale opera di unificazione è sottolineata con favore da S.PATTI, *op.cit*., pag. 94, "*anche alla luce della diffusa tendenza ad attenuare le differenze tra la figura del danno contrattuale e quella del danno aquiliano*". Sebbene la tendenza indicata sia sempre presente e, anzi, si sia man mano rafforzata (come verrà esposto più approfonditamente di seguito), non appare proficuo, nel ragionamento in corso, sommare nuovamente il piano del danno con quello del suo risarcimento.

disciplina del danno da inadempimento, fatta eccezione per l'art. 1225 c.c. che, in ambito contrattuale (e in assenza di dolo), restringe il danno risarcibile a quello che era prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione[39] (e per l'art. 2056, comma 2, c.c. che prevede la valutazione equitativa del lucro cessante in ambito aquiliano).

Ancora più netta è stata la scelta del legislatore tedesco: la disciplina dell'obbligazione risarcitoria, dettata dai §§ 249 ss. BGB, infatti, è generale e comune ai danni derivanti tanto da responsabilità contrattuale quanto da responsabilità extracontrattuale[40]. Diverso, invece, è il quadro nel Code civil, come risulta anche da semplici dati testuali: come già accennato[41], in ambito contrattuale l'art. 1147 code civil prevede che "*le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution…*", laddove, al contrario, in ambito extracontrattuale usa un diverso linguaggio : "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*" (art. 1382 code civil). Nel primo caso si

---

[39] L'esclusione della regola della prevedibilità del danno in ambito aquiliano viene enfatizzata da C.TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in Riv.crit.dir.priv., 1987, pag. 93 ss.

[40] La concezione unitaria, in questo caso, partiva dagli studi di Mommsen, ed è coerente con la nozione patrimonialistica del danno intrinseca alla *Differenztheorie*; è stata successivamente recepita da Windscheid e, sotto la sua influenza, è stata traghettata nel codice civile. Cfr. E. V.CAEMMERER, *op.cit*. pag. 13. L'impostazione del BGB è messa in risalto da C.CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in Riv.dir.civ. 2006., pag. 87 s. e A.DI MAJO, *Una dottrina unitaria della obbligazione civile (a propostio del secondo libro del BGB)*, in Europa e dir.priv. 1998, pag. 229 ss.

[41] V. *supra*, par. 1.1.1.in nota.

parla chiaramente di un pagamento, che ha per oggetto i *dommages et intérêts*; mentre nel secondo caso si parla di riparazione del danno (e scompare il termine *dommages et intérêts*, sostituito dal semplice *dommage*)[42].

Da un punto di vista formale, gli elementi costitutivi dell'obbligazione risarcitoria coincidono: la determinazione del danno (comprensivo di danno emergente e lucro cessante), il nesso di causalità predicato dall'ultimo periodo dell'art. 1223 c.c., l'obbligo a carico del responsabile e l'oggetto dell'obbligazione, ovvero un importo di denaro tale da ristorare il danneggiato del pregiudizio subito[43]. Anche gli elementi che, sempre sotto l'aspetto testuale, distinguono le due discipline, giocano un ruolo poco sentito dagli interpreti[44].

1.2.2. *Le diversità nel sistema.* - Tale unitarietà è destinata, tuttavia, a rimanere in superficie, man mano che l'analisi della tutela risarcitoria va più a fondo[45]. I dati appena rilevati, infatti, passano in

---

[42] Si è tentato successivamente, in via interpretativa, di parificare le situazioni, assimilando il risarcimento del danno anche alle fattispecie di danno extracontrattuale, ma non senza vivaci critiche in senso contrario; cfr. C.CASTRONOVO, *op.cit*., pag. 82 s.

[43] Allo stesso modo sono comuni le norme sulla liquidazione equitativa del danno (art. 1226 c.c.) e sul concorso del fatto colposo del debitore (art. 1227 c.c.)

[44] A parte la citata impostazione di C.TURCO, *op.ult.cit*., gli interpreti della norma in esame tendono a smussarne i contorni, anche se con ragionamenti ed esiti a volte diametralmente opposti: M.PACIFICO, *op.cit*., pag. 140 ss. la considera "*una regola che, probabilmente, ha esaurito l'originaria funzione per la quale era stata predisposta*", relegandola al piano della determinazione dell'ammontare del danno; C.CASTRONOVO, *op.cit*., pag. 94 ss., al contrario, ne sostiene l'estensione anche all'ambito aquiliano.

[45] Di "*una falsa unità*" parla A.DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit. pag. 118 ss.; di "*paradosso di questa disciplina unitaria*" C.CASTRONOVO, *op.cit*. pag. 81 ss., secondo il quale "*se l'effetto è lo stesso sul piano formale – quello della reazione a un danno – sul piano del contenuto sembra plausibile ritenere che esso debba essere modellato in relazione alla diversa funzione*".

secondo piano e le stesse norme acquistano una valenza diversa se applicate ai diversi interessi in gioco nel caso di un inadempimento o di un fatto illecito[46].

Anche volendo tener separati, astrattamente, i due piani della fonte della responsabilità e dell'obbligazione risarcitoria, infatti, il secondo non può non risentire delle caratteristiche del primo. Ebbene, in ambito contrattuale l'assetto degli interessi in gioco è stato concordato e preordinato dalle parti in vista di un risultato già determinato, ovvero l'adempimento delle obbligazioni e la reciproca soddisfazione degli interessi attraverso le prestazioni. Il danno si presenta nel momento in cui gli impegni assunti non vengano mantenuti e non si perfezioni, pertanto, l'assetto negoziale predefinito. In ambito extracontrattuale, invece, non vi è alcun rapporto tra le parti né alcun disegno prestabilito: ogni soggetto si trova nella propria sfera di interessi fino a che non interviene l'evento lesivo che fa incrociare le due strade alterandone gli assetti. Il danno si presenta, questa volta, in occasione dell'evento lesivo.

Nel primo caso l'assetto degli interessi è dinamico, volto cioè al conseguimento di un risultato, a passare da una situazione iniziale ad una

---

[46] Cfr. G.VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, pag. 627 ss., che mette in evidenza il "*contrasto tra diritto legislativo, che tende alla unificazione della disciplina, e il diritto giurisprudenziale che, da un lato, disapplica nel settore dei fatti illeciti regole che il legislatore considera comuni, nonostante la loro collocazione nella sede dell'inadempimento e, d'altro lato, elabora regole diverse, di propria produzione, in ragione della differente funzione dei due tipi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e della diversità della fonte dell'obbligazione risarcitoria*".

finale attraverso l'esecuzione delle prestazioni; nel secondo caso, invece, è statico, laddove ogni soggetto ha interesse alla conservazione della situazione attuale (ed alla sua normale prosecuzione) che viene però modificata in peggio dal fatto dannoso[47].

In particolare, in ambito contrattuale, l'interesse giuridicamente protetto consiste nell'aspettativa della prestazione (c.d. *expectation interest*, o *Erfüllungsinteresse*) che rileva sotto un duplice aspetto: da un lato vi è l'aspettativa di ricevere la prestazione e, dall'altro, quella di utilizzare la prestazione e di trarne delle utilità, ovvero di trarre un profitto. La tutela risarcitoria, pertanto, dovrà intervenire laddove tale aspettativa resta irrealizzata[48], e la sua finalità sarà quella di porre il contraente non inadempiente nella situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto avesse avuto regolare esecuzione (c.d. interesse positivo). Il danno contrattuale deriva direttamente dalla lesione delle aspettative contrattuali e quindi consisterà, da un lato, nel mancato ricevimento della prestazione (danno emergente) e, dall'altro, nel mancato godimento di tale prestazione e delle sue conseguenti utilità (lucro cessante)[49]. Ne consegue il carattere puramente economico del danno contrattuale.

---

[47] Cfr. in questi termini, in relazione al danno contrattuale ed aquiliano, C.CASTRONOVO, *op.cit*., pag. 84 ss., secondo il quale "*il primo è puro conteggio ipotetico di ciò che avrebbe dovuto essere e non è stato, il secondo è il significato economico di ciò che è accaduto e non avrebbe dovuto essere*".
[48] Cfr. A.DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., pag. 115 ss.; ID. *La tutela civile dei diritti*, cit. pag. 233 ss.
[49] Cfr. A.DI MAJO, *op.ult.cit*. pag. 234.

Trova spiegazione, inoltre, la norma stabilita dall'art. 1224 c.c. che limita il danno risarcibile a quello prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione: se il danno corrisponde alla frustrazione dell'aspettativa della prestazione, è necessariamente commisurato alle previsioni contrattuali, e non può eccedere l'assetto degli interessi dedotto in contratto, assetto che trova il proprio fondamento ed i propri confini negli obblighi e nei rischi consapevolmente assunti dalle parti in vista del risultato finale[50].

Al contrario, in ambito extracontrattuale, l'interesse del soggetto è semplicemente volto a mantenere inalterata la propria sfera giuridica. Il danno non coinciderà con la lesione di un'aspettativa, bensì con la violazione di una situazione soggettiva giuridicamente protetta (in primis i diritti soggettivi assoluti) ed a quella è parametrato: il carattere economico del danno, pertanto, non deriva direttamente dalle prospettetive economiche di guadagno (o comunque di utilizzazione della prestazione), ma è rappresentato dalla ricaduta in termini economici della

[50] In realtà il quadro degli interessi dedotti o comunque presenti nel contratto è più vasto ed è stato esteso dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel corso del tempo. Conseguentemente anche il danno contrattuale risulta più vario e articolato di quanto schematicamente esposto, ma sull'argomento si tornerà più avanti. Per ora è comunque necessario rilevare come speculare all'interesse positivo sia l'interesse negativo (c.d. *reliance interest* o *Vertrauensinteresse*), ovvero l'interesse alla non conclusione del contratto. In taluni casi il risarcimento del danno, detto "da affidamento" è volto a tutelare questo interesse e, quindi, a riportare il contraente non inadempiente nella situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto non fosse stato stipulato. In pratica si tratterà di risarcire la parte delle spese sostenute in vista o in forza del contratto (danno emergente) e delle occasioni mancate a causa del vincolo contrattuale (lucro cessante).

lesione dell'interesse leso (che costituisce il *quid medium* tra l'evento dannoso e la liquidazione del danno)[51].

In questo quadro deve essere collocata anche la norma stabilita dall'art. 2056 c.c. che affida la determinazione del lucro cessante, in caso di danno extracontrattuale, all'equità del giudice: se in ambito contrattuale la previsione di conseguire delle utilità rientra (e, anzi, è elemento essenziale) dell'assetto di interessi dedotto nel contratto, al contrario in ambito extracontrattuale non vi è, come si è visto, alcuna aspettativa tutelata; il mancato guadagno causato dal fatto illecito per la lesione del bene protetto, pertanto, non viene considerato in termini rigorosi ma lasciato alla prudente valutazione, caso per caso, del giudicante[52].

Allo stesso modo, in quest'ottica trova una giustificazione anche il mancato richiamo, in ambito aquiliano, all'art. 1225 c.c.: in questo caso non vi è una situazione preesistente, un assetto di interessi predefinito (e stabilito in base ad un equilibrio tra obblighi e diritti, tra rischi ed

---

[51] Cfr. A.DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., pag. 123. Da tali premesse sistematiche consegue l'impossibilità, generalmente riconosciuta, di configurare un danno meramente patrimoniale in ambito extracontrattuale poiché, se non vi è lesione di un interesse giuridicamente protetto, anche in caso di perdita puramente economica, non si potrebbe individuare l'oggetto della tutela, non essendo protetta, in sé, l'integrità del patrimonio. Sul punto si dovrà tornare in seguito. Per una recente analisi del problema si rinvia a S.MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in Europa e dir.priv. 2008, 349 ss.; 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, 315 ss.

[52] La norma dell'art. 2056, comma 2, c.c. è "*un indice non sufficientemente sottolineato dagli interpreti" del diverso atteggiarsi della tutela risarcitoria sui due piani della responsabilità civile*" per C.CASTRONOVO, *op.cit*., pag. 93.

aspettative), bensì la estemporanea intrusione di un soggetto nella sfera giuridica di un altro soggetto. Fatta eccezione per una eventuale preordinazione dolosa dell'illecito, risulta difficile stabilire in termini oggettivi quale possa essere il danno "prevedibile" di un evento che non si intendeva e non ci si immaginava di compiere[53].

Le caratteristiche appena messe in evidenza (il carattere dinamico e puramente patrimoniale del danno contrattuale, da un lato, l'aspetto statico, conservativo di interessi protetti del soggetto, la cui lesione determina una valutazione negativa in termini economici, dall'altro) forniscono una precisa chiave di lettura anche per analizzare il rapporto tra il risarcimento per equivalente ed il risarcimento in forma specifica (previsto dall'art. 2058 c.c.)[54]. Laddove si consideri, infatti, che in ambito aquiliano si ha un fatto che *ex novo*, arrecando un danno ingiusto, fa sorgere la responsabilità e che, al contrario, in ambito contrattuale la situazione iniziale è neutra (nel momento della conclusione del contratto) ed è, al contrario, il mancato adempimento dell'obbligazione che fa

---

[53] Diversamente, invece, C.CASTRONOVO, *op.cit.*, pag. 94 sostiene che "*una visione corretta nella chiave anzitutto della funzione preventiva* [della responsabilità aquiliana] *fa ritenere ragionevole risarcire soltanto quello che non si è evitato e si sarebbe potuto evitare perché prevedibile*". Nello stesso senso, ID. *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, pag. 593.

[54] Per un'analisi più approfondita dell'argomento si rinvia a M.R.MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000; M.BARCELLONA, *Sul risarcimento del danno in forma specifica (ovvero sui limiti della c.d. interpretazione evolutiva)*, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti, a cura di S.MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989, pag. 615 ss.; C.CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, ibid. pag. 481 ss.; C.SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, ibid. pag. 481 ss.; M.C.EBENE CORBELLI, *Reintegrazione in froma specifica*, in Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale a cura di G.VISINTINI, Milano, 1984, pag. 98 ss.; R.SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1957, pag. 204 ss.

nascere la responsabilità, appare chiaro come il rimedio della "reintegrazione" sia previsto dal codice civile solo per la responsabilità aquiliana.

Allo stesso modo, il Code civil usa una diversa terminologia e parla di "*réparer*" a proposito del danno causato dall'illecito e di "*payement*" per i "*dommages et intérêts*" in seguito alla "*inexécution de l'obligation*". La riparazione del danno, come la reintegrazione in forma specifica, si attagliano meglio ad un'ottica retrospettiva, com'è quella del danno aquiliano, mentre si adattano a fatica ad una visione prospettica come quella contrattuale, in cui bisogna considerare non solo le aspettative delle parti, ma anche la situazione in cui queste si sarebbero trovate se il contratto avesse avuto regolare esecuzione.

Proprio perché, per ottenere tale risultato, sarebbe necessaria la corretta esecuzione delle prestazioni, si può affermare che il rimedio corrispondente sul piano contrattuale sia l'adempimento in forma specifica (art. 1453 c.c.)[55].

Sotto questo punto di vista il diritto tedesco che, come si è visto, utilizza un modello unitario di disciplina per il risarcimento del danno, risulta meno preciso e coerente. Il § 249 BGB stabilisce che il debitore deve ripristinare la situazione ("*den Zustand herstellen*") che si sarebbe avuta se non si fosse verificata la circostanza che ha fatto sorgere

[55] Cfr. A.DI MAJO, *La responsabilità contrattuale, cit*. pag. 121.

l'obbligazione risarcitoria: questa può ben riferirsi ad un fatto illecito come ad un inadempimento, ma la la *Naturalherstellung* è un concetto che si riferisce, logicamente e letteralmente, ad un procedimento a ritroso, non in avanti, come accade invece per le obbligazioni contrattuali[56].

Dalle considerazioni svolte emerge un quadro in cui, attraverso l'analisi della disciplina codicistica, e alla luce della natura degli interressi a questa sottesi, le categorie sistematiche (danno contrattuale ed extracontrattuale, patrimoniale e non patrimoniale) si vanno man mano delineando, disegnando i confini delle diverse tipologie di danno ed accentuandone così le caratteristiche e le differenze.

1.2.3. *La prospettiva funzionale.* - Si potrebbe allora ricercare una nuova unitarietà del concetto di danno attraverso l'analisi nella prospettiva funzionale e, successivamente, in quella rimediale. La funzione della tutela risarcitoria è, essenzialmente, compensativa del danno[57] e ciò tanto per quanto riguarda il danno contrattuale quanto il danno aquiliano (e, fatte le dovute distinzioni, ugualmente per il danno patrimoniale e quello non patrimoniale): il principio unanimemente riconosciuto è quello della riparazione integrale del danno, in base al

---

[56] Cfr. C.CASTRONOVO, *Il risarcimento del contratto, cit.* pag. 92 ss.
[57] Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile V. La responsabilità*, Milano 1994, pag. 173 s.. In altri termini viene detta "riparatoria", cfr. F.MASTROPAOLO, *op.cit.*, pag. 1.

quale deve essere risarcito tutto e solo il danno effettivamente subito[58]. È il principio della "*Totalreparation*"[59] il quale, a sua volta, è la risultante del c.d. *Ausgleichsprinzip*, ovvero la regola che impone la compensazione integrale del danno unito al c.d. *Bereicherungsverbot*, ovvero il divieto per il danneggiato di arricchirsi attraverso il risarcimento oltre il danno realmente subito[60].

Tale funzione trova il suo strumento naturale nel denaro, che costituisce il mezzo più duttile e pervasivo per adeguare la tutela a tutte le possibili fattispecie dannose o, in altri termini, per la "*ricostruzione del patrimonio tramite il ricorso a strumenti di riattribuzione della ricchezza*"[61]. Attraverso la forma monetaria è possibile, infatti, il passaggio dai valori d'uso ai valori di scambio che consente di individuare, determinare e quantificare un pregiudizio e poi di liquidarlo,

---

[58] Il problema di eventuali arricchimenti a favore del danneggiato si pone, ad esempio, nel caso del danno non patrimoniale, laddove il moltiplicarsi delle categorie di danno elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza ha portato al rischio di ingiuste "duplicazioni" del risarcimento. V. *infra*.

[59] Cfr. D.MEDICUS- S.LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, 2008, pag. 256 s.

[60] cfr. G.WAGNER, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, Stuttgart, 2006, pag. 14 ss..

[61] Cfr. D.MESSINETTI, *op.cit*., che sottolinea l'importanza centrale della prospettiva funzionale, posta a fondamento della ricostruzione del "danno giuridico", che consiste nell'obbligo volto a "*trasferire da una sfera patrimoniale normativamente individuata… il valore in termini di ricchezza funzionalmente idoneo a neutralizzare, mediante un effetto di sostituzione di valori, ciò che si presenta come evento negativo nella sfera patrimoniale deprivata*".
L'importanza della funzione risarcitoria nello studio del danno è messa in luce anche da C.SALVI, *Il danno extracontrattuale, cit*. pag. 29 ss.

da un lato compensando il danneggiato e, dall'altro, addossandone le conseguenze sul danneggiante[62].

Anche l'ottica funzionale, tuttavia, nasconde delle insidie. Si è detto che la funzione della tutela risarcitoria è essenzialmente compensativa, ma si tratta di una selezione volontariamente restrittiva. La funzione compensativa, infatti, non è affatto l'unica attribuibile ed attribuita alla tutela risarcitoria. Al contrario, è oggetto degli studi più recenti la sua funzione preventiva o deterrente[63]. Al centro di un ampio dibattito, di cui si darà conto nel prosieguo è, infine, la funzione sanzionatoria, che si intende da più parti rafforzare con i c.d. danni punitivi. Se si segue ognuna di tali funzioni, naturalmente, anche il ruolo svolto dal concetto di danno muta, tanto da poter affermare che "*non è dato prospettare una sola elaborazione teorica, una e immodificabile, della nozione di danno, ma tante elaborazioni quanti sono i contesti funzionali i cui problemi la nozione stessa è demandata a risolvere. La nozione di danno giuridico, dunque, può essere multipla, in relazione con il carattere di relatività che la contraddistingue*"[64].

---

[62] Tale impostazione, incentrata sulla "riattribuzione" della ricchezza, si concilia anche con il risarcimento in forma specifica, come chiarito da D.MESSINETTI, *op.cit*. pag. 472: "*In questo modello, le prestazioni in natura divengono produttive in modo non diverso dalla prestazione in forma monetaria e si adeguano alla funzione risarcitoria*".

[63] Cfr. A.DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in Europa e dir.priv. 2008, 289 ss..

[64] Cfr. D.MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in Riv.crit.dir.priv. 2007, pag. 555 ss., ma la prospettiva era già stata avanzata in ID. *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi, e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in Riv.crit.dir.priv. 2006, 543 ss.

1.2.4. *La prospettiva rimediale.* - Si rende allora necessario mutare ulteriormente inquadramento o, meglio, inserire la funzione compensativa della tutela risarcitoria nell'ottica rimediale[65]. Tale cambiamento di prospettiva consente, infatti, di ribaltare il punto di vista[66]: si passa "*dal piano delle norme che si definiscono attributive di diritti a quello delle regole di tutela che assicurano rimedi in occasione di torti o di situazioni antigiuridiche*"[67]. Il punto di partenza non è più l'interesse giuridicamente protetto (che, come si è visto, è un indice multiforme e frastagliato), bensì il bisogno di tutela (*Rechtsschutzbedürfnis*) contro un "torto" ricevuto, a fronte del quale l'ordinamento reagisce predisponendo particolari forme di protezione (*Rechtsbehelfe*).

Nell'ambito della tutela risarcitoria questa collocazione centrale assegnata, attraverso la prospettiva rimediale, al bisogno di tutela permette di individuare un fondamento unitario all'analisi in esame

---

[65] Per un'analisi approfondita dell'approccio rimediale cfr. recentemente S.MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in Europa e dir.priv., 2007, pag. 585 ss., A.DI MAJO, *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in Riv.dir.civ., 2006, pag. 67 ss.; ID. *Forme e tecniche di tutela*, in Foro it. 1989, pag. 132 ss.; ID. *Tutela*, in Enc.dir. XLV.

[66] Il diverso approccio, di matrice anglosassone, non è, peraltro, un semplice cambiamento di angolazione, ma coinvolge il rapporto stesso tra diritto sostanziale e processuale: dal principio *ubi ius ibi remedium* si passa a *ubi remedium ibi ius*, ovvero non viene prima il diritto sostanziale che poi, necessariamente, riceve una protezione sul piano delle azioni, ma è la presenza di un'azione a tutela di un interesse che rende questo giuridicamente rilevante.

[67] Cfr. A.DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit. pag. 136.

consistente, appunto, nella necessaria risposta a un danno subito[68]. In questo quadro il bisogno di tutela può ben riassumere in sé tutte le molteplici esigenze che vanno via via emergendo nella realtà socio-economica (e che "*si continuano a denominare impropriamente nuovi diritti*"[69]) tra i quali, in particolare, i c.d. diritti della persona. Contemporaneamente il piano mobile[70] dei rimedi offre uno strumento elastico e duttile per adeguare le risposte dell'ordinamento ad una realtà in continua evoluzione[71].

Tanta elasticità e duttilità, tuttavia, non devono sfociare nella discrezionalità o nella soggettività. Se il punto nodale della prospettiva rimediale è il bisogno di tutela, che può assumere la forma delle più articolate esigenze espresse dalla realtà, ciò non vuol dire che sia sufficiente un qualsivoglia bisogno individuale per trovare protezione all'interno dell'ordinamento[72]. A tal fine non appare sufficiente, come fondamento positivo, l'art. 24, comma 1, Cost. il quale, se affermando che "*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e*

---

[68] In altri termini "*il rimedio…mira a ristabilire un ordine giuridico violato o irrealizzato per la frapposizione di un elemento anche esterno*", cfr. S.MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, cit. pag. 585.
[69] Cfr. S.MAZZAMUTO, *op.cit*. pag. 588. Su questo aspetto si tornerà tra breve.
[70] Per questa espressione cfr. A.DI MAJO, *op.ult.cit*., pag. 139.
[71] Diverse e molteplici possono essere, invece, le forme di tutela scelte e le tecniche di tutela predisposte dall'ordinamento (cfr. S.MAZZAMUTO, *op.cit*. pag. 587; A.DI MAJO, *op.ult.cit*., pag. 142) ma ciò non toglie coerenza all'impostazione unitaria e, anzi, ne conferma la validità.
[72] Il ricorso al piano dei rimedi, infatti, può condurre "*al 'libertinaggio argomentativo' o peggio alla rinuncia all'argomentazione propri del c.d. approccio rimediale*", cfr. S.MAZZAMUTO, *Sputi in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale, cit*. pag. 368.

interessi legittimi" stabilisce il principio della effettività della tutela, non può da solo, tuttavia, riempire di contenuti tale tutela[73]. Questa, al contrario, deve essere agganciata pur sempre ad interessi "giustiziabili", ovvero deve necessariamente trovare all'interno dell'ordinamento un proprio referente normativo[74].

Un'applicazione indistinta del rimedio, fondata esclusivamente sulla sensibilità del giudice di fronte ad una manifestata esigenza di tutela delineerebbe un quadro opaco, indistinto, nel quale non solo le diverse tipologie di danno finirebbero per confondersi, ma si perderebbe una qualsiasi valenza giuridica. Si deve criticare questo scenario con le parole che Hegel ha rivolto alle tesi di Schelling ("*…è come la notte quando tutte le vacche sono nere*"[75]).

L'approccio rimediale, in altre parole, non può eliminare le caratteristiche sistemiche della tutela risarcitoria nei diversi aspetti in cui questa si atteggia a seconda degli interessi in gioco. In tale errore cade lo stesso legislatore, il quale pare spesso non rendersi conto delle insidie nascoste nella tutela risarcitoria e, per la sua duttilità e versatilità, prevede il risarcimento del danno come una "clausola rimediale di chiusura". Ma poi spesso è difficile immaginare un contenuto del danno

---

[73] Cfr. A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti, cit*. pag. 371 ss.
[74] Cfr. A.DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, *cit*. pag. 138. È proprio il riferimento ad interessi "giustiziabili" che consente di applicare la prospettiva rimediale in ordinamenti, come quelli continentali, ai quali tale approccio era estraneo.
[75] G.W.F. HEGEL, *La fenomenologia dello spirito*, a cura di E. DE NEGRI, Firenze 1933, I 190.

e, ancor di più, darne la prova[76]. Il risarcimento del danno viene utilizzato per riempire lo spazio di risulta, lasciato vuoto dalle altre forme di tutela[77], come per garantire un massimo grado di tutela il quale, tuttavia, rimane spesso sul piano formale proprio perché, nel caso concreto, la possibilità di ottenere un risarcimento si scontra con le difficoltà pratiche di individuare e quantificare l'eventuale danno[78].

1.3. Esigenze di tutela e bilanciamento di interessi.

---

[76] Si pensi al danno da risoluzione previsto dall'art. 1453 c.c. nel quale si incontrano la tutela risarcitoria con quella restitutoria e si scontrano le teorie dell'interesse positivo e dell'interesse negativo (cfr. *ex multis*, P.TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in Riv.dir.civ., 2002, pag. 637 ss.; C.M.BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 1994, pag. 297 s.; M.R.MARELLA, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in Giur.it., 1985, pag. 368 ss.) o, più di recente, alla nuova disciplina delle impugnazioni delle delibere assembleari introdotta dal D.Lgs. 17.01.2003, n. 6, nella quale vengono introdotti dei limiti alla possibilità per i soci di impugnare le delibere assembleari per invalidità, ma è fatto salvo il diritto di chiedere il risarcimento del danno eventualmente subito dal socio.

[77] Si pensi, ad esempio, all'art. 1494 c.c. in materia di compravendita ove, accanto ai rimedi tipici della garanzia per vizi, ovvero la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, è previsto che "*in ogni caso il venditore è tenuto al risarcimento del danno*".

[78] Un esempio è fornito ancora dal diritto societario e, in particolare, dalla disciplina delle delibere di fusione e scissione, ora estesa anche a quelle di trasformazione delle società. L'art. 2504-*quater* c.c. (al quale rinvia l'art. 2506-*ter* c.c. per la scissione ed ora seguito dall'art. 2500-*bis* c.c. per la trasformazione) stabilisce che "*Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'art. 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione*". Eppure, al di là dei casi di errato rapporto di cambio, è difficile individuare ipotesi di danno in concreto, con il risultato che una delibera viziata, che pertanto pregiudica il diritto dei soci assenti o dissenzienti alla legalità della vita sociale o al corretto svolgimento dell'attività degli organi sociali, resta di fatto privo di protezione (cfr. Trib. Milano, ord. 10.12.2007, in Corr.giur. 2008, pag. 1425, per il quale "*l'interesse dei soci impugnanti riveste soltanto carattere patrimoniale e quindi può essere tutelato con il risarcimento del danno, benché questo risulti di difficile stima e debba liquidarsi in via equitativa*"). La giurisprudenza, tuttavia, si è allineata sull'impostazione del codice, affermando che non vi sia alcuna violazione del diritto di difesa, poiché la tutela dei soci e dei terzi non è soppressa ma semplicemente modificata, cfr. Cass. sent. 20.12.2005, n. 28242, in Le Società, 2006, pag. 1385 ss. con nota di ZAGRA; App. Milano, sent. 18.01.2002, in Giur.it. 2002, pag. 790 ss.; Trib. Genova, 21.12.2000, in Foro it., 2001, pag. 1933, ss. con nota di NAZZICONE; in dottrina cfr. C.SANTAGATA, *Le fusioni*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E.COLOMBO e G.B. PORTALE, pag. 606 ss.

1.3.1. ***Il bisogno di tutela.*** - Si è tentato sinora di ricostruire la dialettica del danno risarcibile, nella quale il linguaggio analitico (i singoli aspetti che caratterizzano le diverse fattispecie di danno) si deve confrontare con quello sintetico (l'unitarietà nell'ottica rimediale), ed il linguaggio normativo (gli interessi giuridicamente protetti) deve fondersi con la realtà pratica (la necessità di manifestazioni concrete del danno). È necessario un approccio dialettico perché duttile, elastico, in grado di adeguarsi ai molteplici aspetti ed alle infinite sfumature che caratterizzano la tutela risarcitoria: il continuo divenire della realtà sociale ed economica ed il parallelo sviluppo del sentire comune rendono le pulsazioni del danno sempre vive ed obbligano l'interprete a seguire ogni battito di questa pulsazione, ogni dilatazione seguita da ogni contrazione.

Attraverso l'analisi del concetto di danno sono emersi, infine, i due poli introno ai quali questo si concentra e si sviluppa, attratto ora dall'uno ora dall'altro: il primo è costituito dalle categorie sistematiche, che mettono maggiormente in evidenza le caratteristiche proprie di ciascuna fattispecie di danno, accentuando così le differenze tra l'una e l'altra e tratteggiando, pertanto, un quadro disomogeneo del danno; il secondo è rappresentato, invece, dalla prospettiva rimediale che, al contrario, mette in risalto l'aspetto unitario che accomuna tutte le voci di danno, ovvero la

necessità di prestare una tutela effettiva al bisogno del soggetto danneggiato.

Se il danno risarcibile è il cuore pulsante della responsabilità civile, diastole e sistole di questa pulsazione sono appunto, rispettivamente, da un lato le esigenze di tutela che portano ad una sua tendenziale espansione e, dall'altro, le categorie sistematiche nelle quali, di volta in volta, le diverse figure di danno risarcibile vengono inquadrate e delimitate.

L'evoluzione del danno risarcibile nel corso del tempo, attraverso le pronunce giurisprudenziali e le analisi dottrinarie, si è sviluppata e si sviluppa (e continuerà presumibilmente a svilupparsi) mossa da queste due forze che si alternano secondo un processo di azione e reazione, di spinte e controspinte: la prima è centrifuga e tende alla creazione di nuove forme o voci di danno risarcibile, la seconda è centripeta, ed attira ogni nuovo bisogno di tutela verso le categorie sistematiche già teorizzate.

1.3.2. ***Le pulsazioni del danno risarcibile.*** **-** Nel corso degli ultimi decenni si è assistito ad una progressiva espansione dell'area del danno risarcibile, con una netta prevalenza delle fasi di "diastole" rispetto a quelle di "sistole". Costantemente, tuttavia, l'ordinamento ha saputo reagire ad ogni spinta in modo da garantire la tenuta del sistema, evitando un collasso sotto i colpi di pretese risarcitorie troppo numerose od esose,

sviluppando i propri "anticorpi" per riportare le nuove esigenze di tutela entro limiti oggettivi e il più possibile rigorosi.

Il bisogno di tutela avvertito in misura sempre maggiore[79], in particolare, si può spiegare, da un lato, con la maturazione di una concezione dell'uomo più ampia e profonda, come individuo a tutto tondo, con tutte le sue implicazioni, aspirazioni ed esigenze e, dall'altro lato, con il moltiplicarsi dei rapporti umani, personali, economici e sociali, in un reticolo sempre più complesso[80]. Tali due aspetti, inoltre, si combinano tra loro elevando esponenzialmente le esigenze di tutela: si tratta di inserire un soggetto visto come centro di interessi sempre più complesso in una rete di individui sempre più fitta di interrelazioni.

1.3.3. *Il bilanciamento di interessi.* - Ulteriore problema, in questo processo di allargamento della sfera di tutela, è dato dal fatto che all'estensione di protezione di un interesse corrisponde normalmente la compressione di un altro interesse (o anche più di uno), che può essere confliggente con il primo. Occorre allora compiere un bilanciamento degli interessi coinvolti. Tale operazione è intrinseca in ogni processo

---

[79] La stessa espressione di danno "risarcibile" sembra riferita al giudice che vuole estendere la propria tutela e deve considerare cosa può risarcire e cosa no. L'idea di ampliamento è resa bene da due interventi succedutisi sul tema, a breve distanza, sulla stessa rivista: F.GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in Contr.e impr., 1985, pag. 19 ss.; M.LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in Contr.e impr. 1987, pag. 85 ss..

[80] Non a caso il bisogno di estendere tutela giurisdizionale è esplicitamente riconosciuto da una delle sentenze che hanno dato il via al dibattito sul danno esistenziale: "*l'evoluzione della giurisprudenza di questa S.C., sollecitata dalla sempre più avvertita esigenza di garantire l'integrale riparazione del danno ingiustamente subito, non solo nel patrimonio inteso in senso strettamente economico, ma anche nei valori propri della persona (art. 2 Cost.)*" (Cass. sent. n. 8827/03).

normativo, laddove una norma regola i rapporti intersoggettivi[81], ma rappresenta una chiave di lettura ancor più rilevante sul piano pratico, laddove spetta al giudice, a valle, applicare al caso concreto quel confronto degli interessi coinvolti effettuato, a monte, dal diritto positivo.

Non si intende, in questa sede, rievocare il ruolo che al bilanciamento di interessi è stato assegnato dagli interpreti della responsabilità aquiliana che, partendo dal presupposto dell'ingiustizia come "clausola generale"[82], attribuiscono alla comparazione degli interessi un ruolo decisivo nel dare contenuto allo stesso giudizio sulla responsabilità[83]. Piuttosto, nello studio del processo di progressiva dilatazione della tutela risarcitoria, il bilanciamento degli interessi coinvolti rappresenta un indice dei criteri seguiti per stabilire i confini entro i quali le conseguenze del fatto dannoso devono essere addossate al danneggiante ed oltre i quali devono rimanere in capo al danneggiato[84].

L'analisi dei prossimi paragrafi si propone di illustrare, ripercorrendo alcuni momenti particolarmente significativi nel cammino

---

[81] Cfr. in questo senso S.MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale, cit*. pag. 594.

[82] L'elaborazione dell'ingiustizia come clausola generale si deve a S.Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pag. 79 ss.

[83] Cfr. ampiamente M.FRANZONI, *L'illecito*, in Trattato della responsabilità civile, diretto da M.Franzoni, Milano, 2004, pag. 799 ss.; M.LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela inibitoria e di risarcimento del danno*, in Riv.crit.dir.priv., 1995, pag. 395 ss.; ID. *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti a violazione di norme antitrust*, in Danno e resp., 2004, 937 ss.

[84] Tale operazione di ponderazione deve essere improntata dal criterio della ragionevolezza per D.MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali, in Europa e dir.priv*. 2005, pag. 605 ss.

compiuto dal danno risarcibile[85], come il bisogno di tutela proceda ad ampliare la sua sfera, per poi tentare di enucleare i parametri interni all'ordinamento che devono, comunque, costituire i limiti di quello sviluppo.

1.4. L'evoluzione del danno risarcibile.

1.4.1. *La tutela aquiliana del credito.* – Il primo passo che ha segnato una netta evoluzione del danno risarcibile (e che ha spinto più voci a segnalare la necessità di ridisegnare la stessa responsabilità extracontrattuale[86]) è stato il riconoscimento, in sede aquiliana, della tutela[87] risarcitoria di diritti di credito[88]. Il passaggio della tutela

---

[85] Necessariamente l'analisi è destinata a rimanere incompleta, non essendo possibile indicare tutti i casi nei quali tale processo si è concretizzato. Si deve, ad esempio, tralasciare un'altra tappa rilevante nell'estensione della tutela risarcitoria, quale la protezione della c.d. lesione possessoria (cfr. Cass. sent. n. 1093/89). Si rinvia, pertanto, a F.GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto, cit*. pag. 1 ss. e A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti, cit*. pag. 116 ss.

[86] G.BRANCA, *Morte di chi convive "more uxorio" e risarcimento*, in Foro it., 1970, pag. 144 ss. per indicare la svolta che il riconoscimento del risarcimento in sede aquiliana del danno da lesione del credito ha portato, ha affermato, in proposito, che "*il capo del diritto assoluto è stato ormai felicemente doppiato*".

[87] Il termine è volutamente generico perché consente di riunire, *sub specie tutelae* appunto, fattispecie affatto diverse e disomogenee tra loro. La casistica si può suddividere in due gruppi, di cui il primo riguarda le fattispecie in cui l'evento lesivo colpisce interessi diversi da quelli contrattuali o obbligatori in genere, ma ha su quelli conseguenze pregiudizievoli; il secondo, invece, comprende le fattispecie in cui il fatto del terzo interferisce direttamente nel rapporto contrattuale. Senza la pretesa di essere esaustivi e, anzi, a mero titolo esemplificativo, nel primo gruppo sono ascrivibili

a) i danni subiti dall'impresa per l'uccisione del proprio dipendente;
b) i danni subiti dall'impresa per l'impossibilità di lavorare del proprio dipendente a causa delle lesioni riportate;
c) i danni subiti dai prossimi congiunti della vittima che rimangono privi dell'assistenza e del mantenimento;
d) i danni subiti per la distruzione o il danneggiamento di un bene da parte del soggetto che se ne doveva servire;

nel secondo gruppo, invece, si annoverano

e) il danno subito a causa di una doppia alienazione;
f) il danno subito da un contraente per l'inadempimento indotto dal terzo;
g) i danni derivanti dalla violazione di norme sulla concorrenza.

risarcitoria in sede extracontrattuale anche a soggetti terzi, legati al soggetto leso da un rapporto obbligatorio, si è svolto secondo il ritmo di azione e reazione sopra descritto: da un lato è stata avvertita, per esigenze di equità[89] prima ancora che giuridiche, la necessità di estendere il risarcimento del danno, in particolari casi, oltre il limite dei diritti assoluti; dall'altro è corrisposta un'esigenza uguale e contraria di limitare "*una proliferazione di soggetti che si affermano lesi*"[90].

a) L'uccisione del debitore. - La pronuncia che ha aperto la strada a tale percorso (Cass. S.U. sent. 26.01.1971, n. 174[91], il c.d. "caso Meroni") ha tenuto presenti entrambi gli aspetti e, mentre ha riconosciuto in astratto il diritto del terzo (ovvero la società calcistica) al risarcimento del danno, ha stabilito i limiti entro i quali questo può essere accordato: il

---

[88] Cfr. nella vasta bibliografia sull'argomento G.ALPA-G.FERRANDO, *La lesione del diritto di credito da parte di terzi,* in Nuova giur.civ.comm., 1985, pag. 51 ss.; F.D.BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in Riv.crit.dir.priv. 1987, pag. 273 ss.; ID. *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964; C.CASTRONOVO, *Inattuazione della prestazione di lavoro e responsabilità del terzo danneggiante*, in Mass.giur.lav. 1981, pag. 370 ss.; A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., pag. 183 ss.; D.POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in Contr.e impr. 1987, pag. 125 ss.; P.TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in Riv.dir.civ., 1983, pag. 217 ss.; G.VISINTINI, *La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali*, in Contr.e impr. 1985, pag. 651 ss.;

[89] Cfr. G.VISINTINI, *op.cit*., pag. 676; di "*giustizia sostanziale*" parla F.D.BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio, cit*., pag. 294.

[90] Così A.C.JEMOLO, *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*, in Foro it. 1971, pag. 1284, cit. in F.D.BUSNELLI, *loc.cit*. pag. 274; di "*pioggia di richieste di risarcimento*" parla invece A.DI MAJO, *op.ult.cit*. pag. 184.

[91] Cass. S.U. sent. 26.01.1971, n. 174, in Foro it. 1971, pag. 32 ss. con note di F.D.BUSNELLI e A.C.JEMOLO; in Giur.it. 1971, pag. 6679 ss. con nota di G.VISINTINI; in Giust.civ., 1971, pag. 199, con nota di F.SANTOSUOSSO. Si trattava del giudizio promosso dalla società Torino calcio s.p.a. contro il ragazzo responsabile di un incidente stradale nel quale aveva perso la vita Luigi Meroni, calciatore tesserato, appunto, per il Torino calcio, per ottenere il risarcimento del danno subito a causa della perdita del proprio giocatore.

danno deve rappresentare "*una perdita definitiva e irreparabile*", caratteristiche che sussistono, nei casi di obbligazioni di dare a titolo di mantenimento o di alimenti ovvero di obbligazioni di fare, laddove vi sia "*insostituibilità del debitore, nel senso che non sia possibile procurarsi, se non a condizioni più onerose, prestazioni uguali o equipollenti*".

La Suprema Corte, dunque, cerca sul piano del danno risarcibile gli strumenti per contenere le aperture compiute sul piano del danno ingiusto[92]. In particolare, come parametro di valutazione, si ricorre al criterio della causalità diretta ed immediata, facendo dunque leva sul dettato dell'art. 1223 c.c.[93]. La via del nesso di causalità viene criticata, tuttavia, da diversi autori in quanto non sufficiente a reggere la funzione che le viene assegnata: "*in verità si tratta di un criterio attinente alla fase*

[92] La decisione in esame, infatti, allarga il carattere dell'ingiustizia a qualsiasi lesione di un diritto soggettivo, elidendo così la distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi che, precedentemente, venivano al contrario contrapposti (contrapposizioni considerate "*inspiegabili*" da D.POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in Contr.e impr. 1987, pag. 124. Ma proprio sotto questo profilo è stata mossa a questa decisione, così come alle altre che l'hanno seguita, la critica di non affrontare in modo soddisfacente il fondamento giuridico alla base dell'estensione della tutela, quasi considerandolo implicito o "*già risolto*", cfr. A.DI MAJO, *op.ult.cit*. pag. 185; nello stesso senso G.VISINTINI, *op.ult.cit*. pag. 669.
Un fondamento unitario della tutela aquiliana dei diritti di credito, tuttavia, è difficilmente individuabile, in considerazione della variegata quantità di fattispecie di danni che vengono ricondotte sotto lo stesso nome.

[93] Ed è in base a tale criterio che il giudice di rinvio, nel giudizio citato, ha negato il risarcimento poiché è risultato che il calciatore che è stato chiamato a sostituire Meroni ha dato un contributo altrettanto valido alla squadra la quale, pertanto, non ha subito, in concreto, alcun danno: cfr. App. Genova, 17.06.1973, in Giur.it. 1973, pag. 1184 ss., con nota di G.VISINTINI, confermata da Cass. sent. 29.03.1978, n. 1978, in Foro it. 1978, pag. 827 ss..

dell'accertamento del danno effettivamente subito dal creditore"[94] e non del rapporto astratto tra l'evento lesivo ed il pregiudizio subito.

Una soluzione diversa, allora, può essere ricercata nel principio dell'autoresponsabilità che si ricava dal combinato disposto degli artt. 1227 e 2056 c.c.[95]. L'ambito di applicazione del danno da lesione del credito, infatti, si estende, dal caso Meroni, a tutte le imprese che subiscono un danno dall'uccisione di un loro dipendente. L'art. 1227 c.c., al quale rinvia l'art. 2056 c.c. per l'ambito extracontrattuale, stabilendo che non sono risarcibili "i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza", impone al danneggiato una sorta di onere di adoperarsi in modo da limitare le conseguenze pregiudizievoli dell'evento lesivo. Nel caso in esame l'imprenditore, proprio in virtù della sua posizione e dell'attività svolta, dovrebbe essere in grado di rimpiazzare in breve tempo il lavoratore ucciso con un altro in grado di svolgere le medesime mansioni[96].

---

[94] Cfr. G.VISINTINI, *La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali, cit.* pag. 670. L'osservazione conferma l'assunto, già messo in evidenza, della rilevanza che il danno deve avere in concreto ai fini della sua risarcibilità (v. *supra*).

[95] Cfr. F.D.BUSNELLI, *op.ult.cit*. pag. 277 ss., secondo il quale tale criterio, nella dialettica tra espansione della tutela risarcitoria e suo contenimento, "*potrebbe costituire un'ulteriore, consistente 'diga' da opporre a una eventuale (ma sempre meno probabile) 'marea' montante di pretese risarcitoria; ma, soprattutto, consentirebbe di giungere, caso per caso, a una equilibrata ripartizione dei danni in questione tra terzo danneggiante e creditore-imprenditore danneggiato, accollando a quest'ultimo tutti i danni che egli avrebbe potuto evitare adottando appropriate misure organizzative*".

[96] Cfr. F.D.BUSNELLI, *loc.cit*., criticato tuttavia da P.CENDON, *Addenda a Busnelli (la tutela aquiliana del credito)*, in Riv.crit.dir.priv., 1987, pag. 303 ss. il quale vede in criteri limitativi della tutela risarcitoria da lesione del credito "*un senso di inganno*" che consiste nel promettere formalmente qualcosa (la risarcibilità del danno) che poi in concreto si rifiuta.

Anche il principio della sostituzione immediata del lavoratore viene revocato in dubbio, tuttavia, in quanto contrasterebbe con un altro interesse dell'imprenditore, quello cioè di scegliere e di avvalersi di collaboratori al di sopra della media che però, in quanto tali, sono insostituibili o solo difficilmente rimpiazzabili[97].

b) La lesione dei diritti dei familiari. - Di vera insostituibilità si può parlare, invece, in relazione ai familiari della vittima. In questo caso, tuttavia, la posizione dei congiunti è talmente prossima al danneggiato che le loro pretese risarcitorie sono state tradizionalmente riconosciute con riferimento ai diritti al mantenimento o agli alimenti[98]. Eppure anche qui si sono fatte largo esigenze di tutela sempre più ampie: accanto alla perdita concreta di introiti, economicamente determinati, causata dalla scomparsa del soggetto che al versamento di quelle somme era obbligato, si è concesso, infatti, il risarcimento anche per le aspettative legittime delle somme che si sarebbero percepite da quel soggetto se non fosse intervenuto l'evento mortale, ai genitori in relazione alle somme che avrebbero ottenuto dai figli, a questi per il mancato ingresso di denaro versato dal genitore deceduto, nonché ad altri parenti ed alla convivente *more uxorio*[99].

---

[97] Cfr. P.CENDON, *loc.cit.*; critica nei confronti della portata del criterio dell'autoresponsabilità è anche D.POLETTI, *op.cit.*, pag. 129.
[98] Cfr. G.ALPA-G.FERRANDO, *op.cit.*, pag. 56 ss.
[99] Per un'ampia rassegna sul punto cfr. G.ALPA-G-FERRANDO, *op.cit.*, pag. 58 ss.

La fattispecie in esame è stata risolta diversamente in altri ordinamenti codificati. In Germania è lo stesso codice civile a prevedere a carico del danneggiante un obbligo a corrispondere un risarcimento del danno in forma di rendita vitalizia ai soggetti nei confronti dei quali la vittima doveva provvedere al mantenimento o a favore dei quali prestava determinati servizi (§§ 844 e 845 BGB). In Francia, al contrario, in assenza di norme che regolino espressamente questi casi, si è fatto ricorso al principio dei danni riflessi o da rimbalzo (*dommages par ricochet ou réfléchis*), i quali si fondano sulla considerazione che sia necessario offrire la tutela risarcitoria non solo al soggetto direttamente leso, ma anche a tutti gli altri soggetti che, trovandosi in un particolare rapporto di prossimità con quello, abbiano risentito a loro volta un danno[100].

In tutti questi casi il criterio che, allo stesso tempo, è fondamento e limite della tutela risarcitoria sta nella prossimità del rapporto tra la vittima ed i suoi congiunti[101]: è questo legame, di tipo familiare, affettivo o, se contrattuale, basato su un *intuitus personae* che rende comunque esclusivo il rapporto, che giustifica la tutela risarcitoria e che ne delimita i contorni, poiché i soggetti protetti sono comunque individuati o individuabili ed in numero limitato.

---

[100] Cfr. G.VINEY, *Les obligations. Les conditions de la responsabilité*, in J.GHESTIN, Traité du droit civil, Paris, 2006, pag. 154 ss..

[101] Cfr. A.DI MAJO, *op.ult.cit.*, pag. 184 ss.. Per quanto riguarda il danno non patrimoniale subito dai parenti per la scomparsa di un prossimo congiunto si rinvia al successivo paragrafo, che affronta specificamente l'argomento.

c) L'impossibilità della prestazione a causa delle lesioni del debitore. – La prospettiva cambia, poi, se dal fatto illecito non derivi la morte del debitore (e, in particolare, del lavoratore subordinato), ma una sua invalidità temporanea dovuta alle lesioni riportate. Qui il danno consiste, per il datore di lavoro, nel dover comunque continuare a pagare la retribuzione del lavoratore, anche se non può ricevere la sua prestazione lavorativa a causa della sua invalidità temporanea assoluta.

La Suprema Corte (Cass. sent. 8.11.1980, n. 6008[102]) ha affermato, a tale proposito, che il risarcimento del danno "*si fa consistere nell'ammontare degli stipendi pagati 'a vuoto' ai due impiegati al tempo in cui fu sospesa la prestazione del loro servizio, nonché nell'ammontare degli 'oneri riflessi', cioè dei contributi pagati dal comune, in quello stesso periodo di tempo, agli enti previdenziali*". Tale ampia previsione viene, tuttavia, criticata in quanto, se è vero che il pagamento dello stipendio ha natura retributiva e, in quanto tale, presuppone una controprestazione che, nel caso concreto, non può essere eseguita, al contrario i contributi previdenziali, avendo natura assistenziale, non sono direttamente collegati alle prestazioni svolte dal lavoratore dipendente e pertanto, anche laddove questi non possa svolgere le proprie mansioni, il

[102] Cass. sent. 8.11.1980, n. 6008, in Mass.giur.lav., 1981, pag. 370 ss., con nota di C.CASTRONOVO; in Giust.civ. 1981, pag. 803 ss., con nota di G.ALPA, seguita da Cass. sent. 26.08.1985, n. 4550, in Foro it. 1985, pag. 2886 ss. con nota di R.PARDOLESI.

datore di lavoro è comunque obbligato, a prescindere da qualsiasi rapporto sinallagmatico, ad adempiere alle prestazioni previdenziali[103].

Tuttavia, a prescindere da queste limitazioni tecniche in punto di determinazione del danno risarcibile, non ci sono ulteriori problemi di proliferazione di pretese risarcitorie in questo caso, in considerazione del carattere anche questa volta unico ed esclusivo tra il datore di lavoro (soggetto che subisce direttamente il danno patrimoniale e che, pertanto, è legittimato ad agire in proprio nei confronti del danneggiante) ed il suo dipendente (che ha subito le lesioni invalidanti ma che non soffre alcun danno patrimoniale, visto che continua a percepire lo stipendio regolarmente).

d) La responsabilità aquiliana da contratto. – Per quanto riguarda il secondo gruppo nel quale, come si è detto, si possono raccogliere le diverse fattispecie di tutela aquiliana del credito, si differenzia dal primo, sopra analizzato, in quanto il terzo non lede accidentalmente un bene protetto (la vita o l'integrità fisica del debitore, oppure l'oggetto materiale o strumentale della prestazione), ma si inserisce, esercitando la propria influenza, nell'ambito di un preesistente o nascente rapporto contrattuale. Per tali fattispecie si è proposta, pertanto, una diversa

[103] In questo senso F.D.BUSNELLI, *op.ult.cit.*; C.CASTRONOVO, *Inattuazione della prestazione di lavoro e responsabilità del terzo danneggiante*, in Mass.giur.lav. 1981, pag. 370 ss.

categoria, quella di responsabilità extracontrattuale da contratto[104]. Anche in questo caso gli esempi sono i più disparati, dalla c.d. induzione all'inadempimento alla stipulazione di un contratto incompatibile[105] o alla doppia alienazione di beni immobili[106], fino agli illeciti concorrenziali.

Qui non è stata sentita l'esigenza di porre un freno alla eventuale proliferazione di pretese risarcitorie, poiché la vicenda rimane necessariamente circoscritta tra i soggetti direttamente coinvolti, ovvero le parti contraenti ed il terzo interferente. Più complesso è, invece, trovare un fondamento giuridico alla responsabilità del terzo. Se, infatti, il comportamento illegittimo che viola la disciplina della concorrenza è espressamente sanzionato, al contrario vi sono ipotesi nelle quali, come ad esempio nella doppia alienazione di beni immobili, il comportamento del terzo non solo non viene condannato esplicitamente dalla disciplina

---

[104] Cfr. D.POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto, cit*. pag. 134. In realtà entrambe le definizioni sono state sottoposte ad accurata critica, la quale riconduce le fattispecie in oggetto all'ambito della responsabilità contrattuale. Cfr. S.MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale, cit.* pag. 382 ss.

[105] Cfr. in particolare P.DI MARTINO, *La responsabilità del terzo "complice" nell'inadempimento contrattuale*, in Riv.trim.dir.proc.civ., 1975, pag. 1386 ss.; F.ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano 1979; P.TRIMARCHI, *op.cit*., pag. 218 ss..

[106] Il tema della doppia alienazione immobiliare è stato oggetto di ampie ed approfondite trattazioni. Per una sua analisi più specifica si rinvia al terzo capitolo, laddove verrà inserito nell'indagine dei rapporti tra danno contrattuale ed extracontrattuale e, in particolare, in tema di danno meramente patrimoniale. Per una contestualizzazione del problema in tale ambito cfr. S.MAZZAMUTO, *loc.cit*.; C.CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit*., pag. 134 ss., che lo colloca "*alla confluenza tra quest'ultimo* [danno meramente patrimoniale] *e la complicità nell'inadempimento*".

codicistica, ma vi sono al contrario elementi testuali che potrebbero portare ad affermarne la correttezza[107].

Allo stesso modo non si può ritenere responsabile un terzo di buona fede il quale, ignaro di qualsiasi rapporto preesistente tra la propria controparte ed un altro soggetto, concluda un valido contratto con quella e faccia legittimamente affidamento sulla veridicità delle sue dichiarazioni[108].

Alla luce di queste considerazioni l'elemento discriminante, allora, ai fini della responsabilità, è individuabile nella mala fede del terzo, ma il problema si sposta sul contento e sulla dimostrazione della mala fede. Secondo un primo orientamento è necessario che ricorra un concorso fraudolento tra l'alienante ed il secondo acquirente, ovvero la "*preordinazione allo scopo di frodare le ragioni del precedente*

[107] Il riferimento è, innanzi tutto, all'art. 1372 c.c. che limita alle sole parti contraenti gli effetti e, quindi, anche la responsabilità nascente dall'inadempimento. In relazione alla doppia vendita vi è anche il dato normativo fornito dall'art. 2644 c.c. il quale prevede che il diritto del secondo acquirente, qualora trascriva per primo, prevalga su quello del primo acquirente. Se, si è detto, una disposizione non solo ammette il diritto del secondo acquirente, ma lo rende prevalente rispetto a quello contrastante del primo acquirente, sarebbe in contraddizione con i presupposti stessi dell'ordinamento ritenere il suo comportamento censurabile e fonte di responsabilità, cfr. A.NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, pag. 700 s., il quale propende, conseguentemente, per la configurazione di un arricchimento ingiustificato.

[108] Cfr. P.TRIMARCHI, *op.cit*., pag. 221, il quale inserisce la tutela del terzo contraente nel quadro più ampio della "*esigenza di dinamismo e di sicurezza dei traffici*", che trova il proprio referente normativo negli artt. 1379 e 1380 c.c..

acquirente" (Cass. sent. 27.04.1960, n. 942; sent. 1.06.1976, n. 1983 e sent. 13.01.1995, n. 383[109]).

Il requisito del dolo[110], tuttavia, pone l'ulteriore problema, in particolare, della sua prova. Per superare tale ostacolo è stato proposto di ricorrere al criterio presuntivo (si parla di presunzione semplice *ex* art. 2729 c.c.)[111], oppure assimilare la mala fede alla colpa grave secondo un ragionamento induttivo, ovvero che il terzo non poteva ignorare il pregiudizio che avrebbe arrecato al primo acquirente e, pertanto, era comunque in mala fede[112], sino ad arrivare, percorrendo questa via, al secondo orientamento che ritiene sufficiente, ai fini della responsabilità del terzo, la semplice conoscenza del precedente contratto, come è stato sostenuto da Cass. sent. 8.01.1982, n. 76, ripresa da Cass. sent. 18.08, 1990, n. 8403[113].

---

[109] Cass. sent. 27.04.1960, n. 942, in Foro it. 1961, pag. 105 ss.; Cass. sent. 1.06.1976, in Foro it. 1977, pag. 484 ss.; Cass. sent. 13.01.1995, n. 383, in Corr.giur. 1995, pag. 383 ss. con nota di MAIENZA.

[110] Cfr. P.CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, pag. 472 ss.; P.DI MARTINO, *loc.cit*.; F.D.BUSNELLI, *op.ult.cit*. pag. 288; D.POLETTI, *op.cit*. pag. 137 s., la quale si pone il problema se debba trattarsi di dolo specifico o sia sufficiente un dolo generico e G.VISINTINI, *op.ult.cit*., pag. 664 che, da un'analisi della giurisprudenza sul tema e sull'azione revocatoria, sembra propendere per quest'ultima soluzione.

[111] Cfr. G.VISINTINI, *op.ult.cit*., pag. 666.

[112] Cfr. P.TRIMARCHI, *op.cit*. pag. 221 ss.

[113] Cass. sent. 8.01.1982, n. 76, in Foro it. 1982, pag. 396 ss.; Cass. sent. 18.08.1990, n. 8403, in Foro it. 1991, pag. 2473 ss. e in Arch.civ. 1991, pag. 161 ss., la quale tuttavia, dopo aver affermato che "*la responsabilità del secondo acquirente, che trova fondamento in una dolosa preordinazione volta a frodare il primo acquirente, o almeno nella consapevolezza di una precedente vendita e nella previsione di una trascrizione anteriore, e quindi nella compartecipazione all'inadempimento dell'alienante per l'apporto dato nel privare di effetti il primo acquisto*", alla fine nega il risarcimento per la mancanza della prova della conoscenza da parte del terzo.

e) Considerazioni conclusive. – Dalle analisi svolte deriva un quadro frastagliato, disomogeneo e dai labili fondamenti normativi. Ancora una volta bisogna ricorrere alla prospettiva della tutela per cogliere un filo conduttore all'interno del percorso svolto dalla giurisprudenza e seguito dalla dottrina. Se ne ricava l'immagine di "*un vero e proprio diritto pretorio, volto ad individuare criteri di selezione di danni risarcibili (perché ingiusti) al di là delle ipotesi di danni arrecati alla proprietà o alla persona… con particolare riguardo all'esigenza di identificare soggetti più intensamente e direttamente danneggiati (ad es.i familiari della vittima) o di sanzionare comportamenti di terzi particolarmente riprovevoli*"[114].

Si conferma come le esigenze di tutela siano le più disparate e come, al di là delle formalizzazioni teoriche, spetti agli interpreti l'individuazione dei criteri più coerenti e funzionali per controllare le tendenze espansive del danno risarcibile entro i limiti dettati dalle norme relative alle singole fattispecie e, più in generale, dall'ordinamento.

1.4.2. *Il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi.* – Il processo di erosione del diritto soggettivo assoluto, come fondamento del danno ingiusto, ha compiuto il passo decisivo con il riconoscimento della tutela risarcitoria del danno causato dalla lesione di

[114] Cfr. A.DI MAJO, *op.ult.cit.* pag. 187.

un interesse legittimo[115] ad opera della Suprema Corte (Cass. S.U., sent. 22.07.1999, n. 500[116]). La decisione in oggetto si fa carico di affrontare l'intera materia della responsabilità civile e del rapporto tra giustizia civile ed amministrativa e svolge la propria missione con grande rigore e coerenza sistematica; se tuttavia, da un lato, chiarisce molti aspetti controversi, dall'altro crea altrettanti interrogativi[117].

Il ragionamento della Corte di Cassazione prende le mosse dagli indici riscontrabili in giurisprudenza, dottrina e legislazione recente, dai quali emerge la necessità di un cambiamento di indirizzo nei confronti della tutela degli interessi legittimi. In particolare l'evoluzione del concetto di danno ingiusto, inteso come clausola generale (contenuta nell'art. 2043 c.c. il quale deve essere considerato, pertanto, "norma primaria") che consente, attraverso un bilanciamento degli interessi coinvolti condotto con riferimento ai parametri rinvenibili nel diritto

---

[115] Se, con l'introduzione della tutela aquiliana dei diritti di credito "*il capo del diritto assoluto è stato ormai felicemente doppiato*", proseguendo la metafora di G.BRANCA, *loc.cit*., si può dire che, ormai, con gli sviluppi giurisprudenziali ora in esame si è aperto alla navigazione un oceano vasto e burrascoso.

[116] Cass. S.U., sent. 22.07.1999, n. 500, in Foro it., 1999, pag. 2487 ss., con note di PALMIERI, PARDOLESI, ivi pag. 3201 ss. con note di CARANTA, FRACCHIA, ROMANO, SCODITTI; in Giornale dir. amm., 1999, pag. 832 ss., con nota di L.TORCHIA; in Contratti, 1999, pag. 869, con nota di MOSCARINI; in Giust. civ., 1999, pag. 2261, con nota di MORELLI; in Danno e resp., 1999, pag. 965 ss., con note di V.CARBONE, P.G.MONATERI, G.PONZANELLI, ROPPO; in Corriere giur., 1999, pag. 1367 ss., con note di A.DI MAJO, V.MARICONDA; in Dir. pubbl., 1999, pag. 463, con note di ORSI BATTAGLINI, MARZUOLI.

[117] Si deve prescindere, in questa sede, dall'affrontare alcuni temi centrali della pronuncia in esame, quali le possibili configurazioni della responsabilità della P.A. (contrattuale, extracontrattuale, da affidamento o precontrattuale), l'elemento soggettivo della responsabilità ed il riparto di giurisdizione tra giudice civile e giudice amministrativo, poiché si andrebbe al di là del compito che si ripropone di perseguire il presente lavoro.

positivo, di individuare di volta in volta l'ampiezza ed il contenuto della tutela da accordare al danneggiato, porta al superamento del diritto soggettivo quale limite della risarcibilità dei danni in sede aquiliana.

Da queste premesse discende che, ai fini della tutela risarcitoria, può rilevare la lesione di un qualsiasi interesse giuridicamente protetto e, quindi, anche degli interessi legittimi. A questa fase di "diastole", ovvero di ampliamento della sfera del danno risarcibile, le Sezioni Unite ne fanno corrispondere una di "sistole", affermando che "*ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo*"[118].

[118] Cass. sent. n. 500/99, punto n. 9.

È questo, tuttavia, il passaggio più delicato e controverso della decisione in esame[119]. La Suprema Corte, infatti, affianca alla figura dell'interesse legittimo quella dell'interesse ad un bene della vita, con ciò ponendo (almeno) un problema, ovvero il rapporto in cui le due figure stanno tra loro[120]. La distinzione tra i due interessi pone, innanzi tutto, un ulteriore requisito che deve ricorrere affinché si possa accedere alla tutela risarcitoria: la lesione di un interesse legittimo, infatti, sarebbe condizione necessaria ma non sufficiente, dovendo sussistere anche la lesione di un bene della vita.

Una prima lettura potrebbe portare, allora, a considerare due diverse tipologie di interesse legittimo, l'una che corrisponde all'interesse ad un bene della vita e l'altra che, invece, sarebbe da questo svincolata[121]. Il bene della vita servirebbe, allora, da criterio selettivo tra le due categorie, "*che si aggiunge, con valore specificativo, a quello*

---

[119] Oltre alla citata dottrina che ha commentato la pronuncia appena pubblicata, sono da segnalare anche i contributi di C.CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in Europa e dir.priv. 1999, pag. 1262 ss.; S.AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, ivi, pag. 1241 ss.; F.D.BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in Riv.dir.civ. 2000, pag. 335 ss.; A.FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, ivi, pag. 679 ss.; C.M.BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, ivi, pag. 689 ss.; A.GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello stato*, ivi, pag. 355 ss.; più recentemente, A.DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in Riv.dir.civ., 2005, pag. 243 ss.

[120] Ma le conseguenze si spingono oltre e coinvolgono, come si vedrà, la natura stessa, già di per sé controversa, dell'interesse legittimo, natura ancor più contrastata alla luce della comparazione con gli altri ordinamenti europei che ignorano tale categoria (cfr. S.AGRIFOGLIO, *op.cit, passim*)

[121] È stato proposto, ad esempio, di considerare la prima categoria come interesse legittimo "*sostanziale*" e la seconda come interesse legittimo "*(meramente) formale*", cfr. S.AGRIFOGLIO, *op.cit,* pag. 1253 ss.

generico della rilevanza giuridica"[122]. Questa ricostruzione, però, andrebbe incontro all'eccezione secondo la quale "*qualunque interesse giuridico è sempre e necessariamente interesse ad un bene della vita e l'interesse legittimo lo è immancabilmente*"[123].

Ma anche se non si considerasse il sottostante bene della vita come elemento di discrimine tra diversa categorie di interessi legittimi, la sua semplice introduzione come ulteriore requisito alla risarcibilità costituirebbe una "*operazione sul piano teorico… priva di senso*"[124] ed in contraddizione con la stessa premessa della Suprema Corte. Se, infatti, si ritiene danno ingiusto quello che lede una situazione soggettiva giuridicamente protetta, superando con tale definizione il limite dei diritti soggettivi, allora sarebbe sufficiente, ai fini del sorgere della responsabilità e dell'obbligo risarcitorio, la sola lesione di un interesse legittimo (il quale costituisce, appunto, una situazione soggettiva giuridicamente protetta)[125].

Si potrebbe allora sostenere, per mantenere la bipartizione operata dalla Cassazione, che la medesima situazione soggettiva rilevi sotto un duplice aspetto: come interesse legittimo ai fini del giudizio sulla illegittimità del comportamento della P.A., con il conseguente

---

[122] Cfr. A.FALZEA, *op.cit*, pag. 680.
[123] Cfr. A.FALZEA, *op.cit*, pag. 681.
[124] Cfr. C.CASTRONOVO, *op.ult.cit*., pag. 1270; viene invece definita una "*operazione superflua*" da A.DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi 'non più solo legittimi', cit*., pag. 1380.
[125] Cfr. C.CASTRONOVO, *ibidem*.

annullamento del provvedimento impugnato in sede amministrativa, e come interesse ad un bene della vita ai fini del giudizio di responsabilità della P.A.[126]. Ma allora la tutela risarcitoria verrebbe accordata per la lesione non di un interesse legittimo, bensì di un semplice interesse "*tout court*"[127]. Portando alle estreme conseguenze tale ragionamento si può arrivare alla conclusione che questo preteso e indefinito "interesse", la cui violazione dia luogo ad una pretesa risarcitoria in capo al danneggiato, rientri nell'ambito del diritto soggettivo[128].

A tale conclusione, tuttavia, si oppongono da un lato un'obiezione di carattere sistematico e, dall'altro, una considerazione di ordine logico. La prima è rappresentata dal dato normativo: è la stessa Costituzione (art. 103 Cost.) a stabilire la differenza tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e non si possono parificare solo perché godono della stessa protezione. La seconda vede invece, nel ragionamento illustrato, un'inversione del rapporto tra causa ed effetto: non sarebbe la natura

---

[126] Cfr. per questa interpretazione A.DI MAJO, *ibidem*.
[127] Cfr. A.DI MAJO, *ibidem*.
[128] Cfr. C.M.BIANCA, *op.ult.cit*. pag. 692 s., ove si afferma che "*non si tratta, cioè, di affermare che gli interessi legittimi sono risarcibili perché qualsiasi rilevante interesse è risarcibile, ma di prendere atto che gli interessi legittimi che meritano di essere tutelati come situazioni di diritto soggettivo sono qualificabili essi stessi come diritti soggettivi*". Unico discrimine sarebbe "*la loro accessorietà rispetto a situazioni giuridiche soggettive principali*". In senso analogo è stato sostenuto che "*si configura l'interesse subordinato del privato al corretto esercizio del potere conferito alla parte pubblica per la realizzazione dell'interesse prevalente, come un diritto soggettivo che fruisce della tutela risarcitoria e la posizione giuridica dell'amministrazione come un vero e proprio dovere giuridico, la cui violazione espone al risarcimento del danno*" (cfr. A.FALZEA, *loc.cit*, pag. 688). La cifra distintiva dell'interesse legittimo sarebbe, allora, la sua "*dimensione 'relazionale' che di norma collega la pubblica amministrazione danneggiante al cittadino danneggiato*", cfr. F.D.BUSNELLI, *op.ult.cit.* pag. 340.

degli interessi legittimi a determinare la reazione dell'ordinamento alla loro violazione, bensì la tutela offerta dalla giurisprudenza ad assimilare gli interessi legittimi ai diritti soggettivi.

Una diversa chiave di lettura può essere individuata, allora, nella funzione di "contrazione" che accompagna, come si è visto, ogni ampliamento della sfera della risarcibilità. Si è voluto evitare, cioè, che anche la semplice violazione in astratto di un interesse legittimo potesse fondare una pretesa risarcitoria, laddove questa richiede sempre che vi sia un danno in concreto[129].

Come non è sufficiente l'inadempimento per ottenere un risarcimento, ma è necessario dimostrare che da quello è derivato un danno al creditore o come la semplice violazione in astratto di un diritto soggettivo non comporta necessariamente un danno[130], allo stesso modo una mera irregolarità procedimentale (ad esempio un vizio di forma) non può, di per sé, giustificare una pretesa risarcitoria, ma deve derivarne una lesione concreta che, come tale, riguarda un'utilità, un vantaggio o, in termini generali appunto, un bene della sfera soggettiva del singolo[131].

---

[129] Spiega C.CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit*. pag. 217 s., che facendo corrispondere la lesione dell'interesse al bene della vita con il danno si comprende anche il motivo per cui deve ricorrere anche questo requisito ai fini dell'accesso alla tutela risarcitoria: non perché sia lesione di un altro interesse o un diverso tipo di lesione, bensì perché senza danno non vi può essere responsabilità.
[130] Si pensi all'esempio fatto (v. *supra*) di una persona che entri nel fondo di un'altra senza forzare alcuna recinzione o danneggiare il terreno e gli altri beni che vi si trovano.
[131] Cfr. A.DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia, cit.* pag. 259.

In questa prospettiva acquistano una collocazione più coerente anche le considerazioni svolte sulle differenze tra interessi legittimi oppositivi e interessi legittimi pretesivi, ovvero interesse a non avere un provvedimento sfavorevole da un lato, interesse ad avere un provvedimento favorevole dall'altro. Si è già visto, infatti, come sul piano del danno risarcibile emergano tutte le caratteristiche peculiari di ogni interesse leso e come lo stesso danno risarcibile si atteggi in maniera differente di volta in volta[132].

Nel caso degli interessi oppositivi la valutazione è più semplice, in quanto il cittadino ha già il bene della vita nella propria sfera di interesse ed il danno sta proprio nella illegittima ingerenza della P.A. nella sua sfera personale.

Più complesso è, invece, il quadro nel caso di interessi pretensivi. Qui non si parte da una situazione preesistente che viene modificata, bensì dall'attesa di una situazione futura che, però, non si verifica a causa dell'illegittimo diniego di un provvedimento (o di un suo ritardo) da parte della P.A.. È necessario, pertanto, "*un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione*

[132] Si pensi, ad esempio, alla distinzione tra risarcimento dell'interesse positivo e dell'interesse negativo in ambito contrattuale o precontrattuale. Cfr. A.DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione degli interessi legittimi*, in Corr.giur. 2000, pag. 389, secondo il quale la "*tecnica di accertamento della lesione*" varia a seconda che si tratti di interessi legittimi oppositivi o interessi legittimi pretensivi.

suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva"[133].

Anche in questo caso emerge l'intenzione della giurisprudenza di contenere le pretese risarcitorie ponendo un limite ben marcato: non sono risarcibili le mere aspettative le quali, in quanto soggettive e opinabili, non possono avere rilevanza giuridica, ma merita tutela il legittimo ed oggettivo affidamento nella correttezza dell'operato della P.A., poi deluso[134]. L'oggettività dell'affidamento deve concretizzarsi in una percentuale di probabilità con la quale il danneggiato avrebbe ottenuto il risultato auspicato. La risarcibilità del danno si confronta con la capacità del soggetto, che si afferma leso, di fornire tutti gli elementi a fondamento di un simile giudizio. È uno dei terreni di elezione del c.d. danno da perdita di *chances*, ovvero, come si vedrà più approfonditamente di seguito[135], rappresenta tutte le possibilità che un individuo ha o ha avuto di soddisfare il proprio interesse[136].

1.4.3. *Il danno non patrimoniale.* - Non è possibile, in questa sede, affrontare in maniera approfondita un argomento tanto vasto da meritare ben altre trattazioni. È comunque uno snodo centrale ai fini del

---

[133] Cfr. Cass. S.U., sent. n. 500/99, par. 9.
[134] Cfr. F.D.BUSNELLI, *op.ult.cit*., pag. 346.
[135] V. *infra*, cap. IV.
[136] Cfr. F.D.BUSNELLI, *op.ult.cit*., pag. 345 ss. il quale intende costruire, sulla base dell'analisi del risarcimento da lesione di interessi legittimi, una nuova fonte di responsabilità, ovvero la responsabilità da affidamento (parente affine della responsabilità precontrattuale) e C.CASTRONOVO, *op.ult.cit.,* pag. 229, il quale, al contrario, ricostruisce il danno da affidamento come risarcimento del lucro cessante.

presente lavoro e pertanto si tenterà di mettere in evidenza gli aspetti funzionali allo sviluppo logico del ragionamento che si sta seguendo[137]. Anche la semplice ricostruzione del percorso che il danno non patrimoniale ha seguito in dottrina e in giurisprudenza, infatti, offre una dimostrazione tangibile di come le fasi di "diastole" e "sistole", come sopra definite, si alternino tra loro.

---

[137] Anche per quanto riguarda la bibliografia, è impossibile rendere conto in modo completo ed esaustivo di tutti gli apporti al vasto e articolato dibattito sull'argomento. Si indicano, tra i contributi più importanti, F.D.BUSNELLI, *Danno biologico e danno alla salute*, in M.BARGAGNA- F.D.BUSNELLI (a cura di), La valutazione del danno alla salute, Milano, 1983; ID. *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in Resp.civ.prev. 1990, pag. 469 ss.; ID. *Danno e responsabilità*, Milano 2003; ID. *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in Danno e resp. 2003, pag. 816 ss;. ID. *Il danno alla persona al giro di boa*, in Danno e resp. 2003, pag. 237 ss.; C.CASTRONOVO, *Danno Biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*. Milano, 1998; ID. *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006; ID. *Dal danno alla salute al danno alla persona*, in Riv.crit.dir.priv. 1996, pag. 248 ss.; ID. *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in Europa e dir.priv. 2003, pag. 143 ss.; P.CENDON-P.ZIVIZ, *Danno X, Danno esistenziale*, in Enc.giur. X; ID. *Vincitori e vinti (dopo la sentenza C.Cost. n. 233/2003)*, in Giur.it. 2003, pag. 1777 ss.; ID. *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano 2003; M.V.DE GIORGI, *Danno II, Danno alla persona*, in Enc.giur. X; A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, *cit.* pag. 247 ss.; ID. *L'avventura del danno biologico: considerazioni in punta di penna*, in Riv.crit.dir.priv., 1996, pag. 299 ss.; G.B.FERRI, *Le temps retrouvé dell'art. 2059*, in Giur.cost. 2003, pag. 1990 ss.; F.GAZZONI, *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo pseudodanno psiocoesistenziale*) in Riv.dir.comm. 2000, pag. 685; ID. *L'art. 2059 e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in Resp.civ.2003, pag. 1292 ss.; F.MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli 1983; ID. *Violazione del diritto alla salute, lesione e danno: ancora qualche considerazione a proposito del cosiddetto "danno biologico"*, in Giur.it. 1984, pag. 3 ss.; ID. *La nozione di "danno biologico",* in Giust.civ. 1991, pag. 275 ss.; E.NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1006; ID. La *Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri",* in Foro it. 2003, pag. 2201 ss.; ID. *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, ivi, pag. 2272 ss.; M.PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981; G.PONZANELLI, *Critica del danno esistenziale*, Padova 2003; ID. *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in Danno e resp. 2000, pag. 693; ID. *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in Danno e resp. 2006, pag. 849 ss.; R.SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale),* in Riv.dir.civ. 1957, pag. 277 ss.; D.VITTORIA, *Un "regolamento di confini" per il danno esistenziale*, in Contr.e impr. 2003, pag. 1217 ss.; P.ZIVIZ, *Danno X, Danno esistenziale (postilla di aggiornamento),* in Enc.giur. X.

In questo caso, da un lato stanno le esigenze di tutela, sempre più sentite, della persona nella sua completezza e in tutti gli aspetti del suo sentire e del suo vivere sociale e, dall'altro, un'impostazione normativa caratterizzata da una tradizionale diffidenza nei confronti dei danni che non possiedono la qualità della patrimonialità, diffidenza cristallizzata nell'art. 2059 c.c., il quale limita la risarcibilità dei danni non patrimoniali ai casi previsti dalla legge[138].

a) La lettura tradizionale. - L'interpretazione tradizionale dell'art. 2059 c.c. limitava rigorosamente le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale a quelle costituenti reato, intendendo cioè la riserva di legge con esclusivo riferimento al collegamento tra quella norma e l'art. 185, comma 2, c.p. (in forza del quale, appunto, "*ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili,*

[138] Una limitazione analoga si trova in diritto tedesco, laddove il § 253 BGB (rubricato *Immaterieller Schaden*) al primo comma stabilisce che si può pretendere un indennizzo del danno non patrimoniale solo nei casi previsti dalla legge (*Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden*). La legge di riforma della disciplina del risarcimento del danno del 2002 (si tratta della *Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 18.04.2002* – BGBl. 2002, I, 2674), però, ha aggiunto un secondo comma che prevede espressamente la possibilità di un indennizzo adeguato, in caso di violazione al corpo, alla salute, alla libertà o all'autodeterminazione sessuale (*Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden*); è appena il caso di sottolineare la differenza testuale rispetto all'art. 2059 c.c. poiché, trattandosi di pregiudizi che non hanno carattere economico, il termine "indennizzo" (*Entschädigung*) appare più appropriato di "risarcimento" utilizzato nel codice italiano. Diversa è, invece, la situazione del diritto francese, poiché l'art. 1382 code civil parla indistintamente di *dommage*, e non vi è un'altra norma che disponga in particolare sul danno non patrimoniale.

debbono rispondere per il fatto di lui"). Il danno non patrimoniale così concepito corrispondeva, pertanto, al danno morale soggettivo, ovvero alla sofferenza, al dolore o ad ogni turbamento d'animo patiti a causa di illecito penale[139].

Questa impostazione, tuttavia, risultava eccessivamente restrittiva sotto un duplice punto di vista: da un lato le fattispecie tutelate potevano essere solo quelle espressamente previste dalla legge penale (in virtù del principio generale di tipicità dei reati) ed erano, inoltre, soggette al rigore probatorio e argomentativo proprio del diritto penale, con conseguenze di non poco momento in punto di accertamento della responsabilità e di imputabilità, ben più stringenti che sul piano civile (si pensi ad esempio, ma si ritornerà sul punto, al regime delle presunzioni, previsto dal codice civile ma inapplicabile in ambito penalistico); dall'altro il danno risarcibile era contenuto, corrispondente alla semplice "*pecunia doloris*", tralasciando ogni altro aspetto pregiudizievole che il reato potesse aver cagionato alla vittima. La tutela della persona risultava, di conseguenza, scarsa ed iniqua, anche alla luce del fatto che, corrispondentemente, il danno patrimoniale veniva liquidato in base alle condizioni economiche del danneggiato ed alle sue prospettive reddituali[140].

---

[139] R.SCOGNAMIGLIO, *op.ult.cit*.

[140] Cfr. A.DE CUPIS, *op.cit. passim*; M.V.DE GIORGI, *op.cit*. pag. 1 ss.: questa impostazione, oltre a risultare, come detto, discriminatoria e iniqua ("*a parità di percentuale di invalidità l'ammontare del danno risarcibile…variava enormemente*"), presentava rilevanti problemi applicativi nei casi in cui il danneggiato non percepisse reddito come, ad esempio, perché ancora non in età lavorativa, oppure già pensionato o

b) Il danno biologico. - Per contrastare tale rigido impianto sistematico e andare incontro alle esigenze di tutela della persona, si è fatto largo, allora, il concetto di danno biologico, come danno derivante dalla lesione all'integrità psico-fisica di un individuo o, secondo altra terminologia a quella assimilata, il danno alla salute[141]. Nella configurabilità di questa voce di danno, tuttavia, ci si scontrava contro il dettato dell'art. 2059 c.c.[142]. L'ostacolo è stato superato dalla Corte Costituzionale (sent. 14.07.1986, n. 184)[143] la quale ha risolto il conflitto attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c.: in primo luogo si afferma che il danno biologico non è escluso dalla riserva di legge posta dall'art. 2059 c.c. poiché l'ambito di applicazione di tale norma sarebbe limitato esclusivamente al danno morale soggettivo; in secondo luogo, quindi, si individua il fondamento positivo nell'art. 2043

---

dedito ai lavori domestici. Si ricorreva pertanto a criteri discutibili come il "reddito figurato" o il "presumibile guadagno futuro" o, ancora, la "capacità lavorativa generica".

[141] I due concetti, sorti inizialmente come separati ed anzi, a volte, contrapposti, sono andati via via avvicinandosi nell'utilizzo degli interpreti, fino a sovrapporsi nella prassi. Cfr. F.D.BUSNELLI, *Danno biologico e danno alla salute*, *cit*. M.V. DE GIORGI, *op.cit*. pag. 2. Prima ancora erano state proposte altre soluzioni, come quella di dare risalto al c.d. "danno estetico" o al "danno alla vita di relazione", poi confluite nel danno alla salute.

[142] Un primo tentativo di aggirare il problema è stato quello di configurare il danno alla salute come danno patrimoniale, in quanto "*obbiettivamente e direttamente commisurabile in denaro e quindi sempre risarcibile, in base all'art. 2043 c.c.*", cfr. F.D. BUSNELLI-U.BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978; un'altra costruzione, invece, lo qualificava come un *tertium genus* tra danno patrimoniale e non patrimoniale, come in Cass. sent. n. 2396/83 e sent. n. 4661/84, in Resp.civ.prev. 1985, pag. 211 ss. con nota di A.GIUSTI. Per un'analisi di queste posizioni, sulle quali non ci si può soffermare in questa sede, si rinvia a C.CASTRONOVO, *Danno biologico, cit*. pag. 5 ss.

[143] C.Cost. 14.07.1986, n. 184, in Foro It., 1986, pag. 2053 ss. con nota di G.PONZANELLI; in Giust. Civ., 1986, pag. 2324 ss.; in Foro It., 1986, pag. 2976 ss. con nota di P.G.MONATERI; in Nuova Giur. Civ., 1986, pag. 534 ss. con nota di G.ALPA.

c.c., che deve essere però collegato con l'art. 32 Cost., il quale deve garantire un'adeguata tutela al diritto, appunto costituzionalmente garantito, alla salute[144].

Se vi è una lesione alla salute, in altre parole, si è nell'ambito del danno ingiusto il quale ricorre, appunto, laddove venga violata una situazione soggettiva giuridicamente protetta. La norma di riferimento non può che essere l'art. 2043 c.c. il quale, nel proprio corpo, non pone alcuna distinzione tra danni patrimoniali e non patrimoniali. In considerazione, poi, della rilevanza costituzionale della salute, che si concretizza nell'art. 32 Cost., la tutela deve essere effettiva e, in quanto tale, rimediare anche ai pregiudizi non reddituali subiti dalla persona offesa[145].

---

[144] In particolare, è stato stabilito in massima che "*L'art. 2043 cod. civ. è una sorta di "norma in bianco" in quanto, mentre vi è espressamente e chiaramente indicata l'obbligazione risarcitoria, che consegue al fatto doloso o colposo, non sono individuati i beni giuridici la cui lesione è vietata, essendo l'illiceità oggettiva del fatto, che condiziona il sorgere della detta obbligazione, indicata unicamente attraverso l'"ingiustizia" del danno prodotto dall'illecito. Esso quindi contiene una norma giuridica secondaria, la cui applicazione presuppone l'esistenza di una norma giuridica primaria, perché non fa che statuire le conseguenze dell'ingiuria, dell'atto contra ius, cioè della violazione di una norma di diritto obiettivo, integrativa del precetto non espresso. Pertanto, il riconoscimento del diritto alla salute, come fondamentale diritto alla persona umana, comporta il riconoscimento che l'art. 32, primo comma, Cost. integra l'art. 2043 cit., completandone il precetto primario*". Non si può, in questa sede, affrontare la complessa questione della qualificazione dell'art. 2043 c.c. come norma "primaria" o "secondaria" evocato dalla massima citata. Ci si permette, pertanto, di rinviare a S.RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile, cit.*

[145] Al concetto di danno biologico si è andato presto aggiungendo quello di danno tanatologico: se la salute in sé è un valore costituzionalmente garantito, a maggior ragione deve esserlo la vita umana. Da tale logica premessa, tuttavia, consegue una serie di implicazioni che complicano non poco il modo di configurare e regolare tale voce di danno. Basti pensare che il soggetto che subisce il danno (ovvero che perde la vita) non potrà chiedere né ricevere personalmente alcun risarcimento. Cfr. tra le trattazioni specifiche più recenti, R. FOFFA, *Il danno tanatologico e il danno biologico terminale*, in Danno e resp., 2003; R. CHINDEMI, *Il c.d. danno parentale*, in Resp.civ.prev. 2006.

L'aspetto più problematico della ricostruzione del danno biologico sta nella sua configurazione come danno-evento, e non come danno-conseguenza (quale è, invece, il danno morale soggettivo). Il danno, viene sostenuto, coincide con la lesione stessa del diritto alla salute, senza la necessità che da tale fatto derivino ulteriori conseguenze pregiudizievoli[146]. Affermare che il danno sia *in re ipsa*, tuttavia, svincolando così la richiesta risarcitoria da qualsiasi onere probatorio, rischierebbe di ampliare eccessivamente l'area del danno risarcibile[147], oltre a trovarsi in contrasto con il dettato dell'art. 1223 c.c.[148].

È stata la stessa Corte Costituzionale (sent. 27.10.1994, n. 372)[149], pertanto, a tornare sui propri passi, spiegando che anche quando si afferma che il danno sia *in re ipsa*, o lo si qualifica come presunto, si "*intende dire cha la prova della lesione è, in re ipsa, prova dell'esistenza del danno, non già che questa prova sia sufficiente ai fini del*

---

[146] Sempre secondo le parole della Corte Costituzionale, "*diversamente dalle conseguenze morali subiettive o patrimoniali che presuppongono avvenuto l'intero fatto illecito, cioè il comportamento più l'evento, e possono anche mancare in tutto o in parte, il "danno biologico", in quanto evento interno al fatto lesivo della salute, deve necessariamente esistere ed essere provato*".

[147] Le possibili implicazioni negative dell'impostazione data da C.Cost. sent. n. 184/1986 sono state messe in evidenza già dai primi commentatori. Cfr. F.D.BUSNELLI, *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale, cit*. pag. 469 ss. Si rinvia, inoltre, a quanto già osservato precedentemente sulla necessità che la lesione del danno sussista e sia determinabile in concreto.

[148] Più recentemente è stato argomentato da C.CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit*. pag. 63, che "*affermare un risarcimento che non abbisogna della prova del danno e perciò deriva in presa diretta dalla lesione significa adottare un modello alternativo di responsabilità civile nel quale il danno non è più perdita o sottrazione bensì puramente e semplicemente lesione di un interesse*".

[149] C.Cost. sent. 21.10.1994, n. 372, est. L.MENGONI, in Foro it., 1994, pag. 3297 ss., con nota di G.PONZANELLI; in Corr. giur., 1994, pag. 1455 ss., con nota di M.GIANNINI; in Giust. civ., 1994, pag. 3029 ss., con nota di F.D. BUSNELLI.

risarcimento. […]. È sempre necessaria la prova ulteriore […] che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c.". Come si tenterà di dimostrare più ampiamente in conclusione del presente lavoro, cioè, il danno risarcibile deve avere il carattere della concretezza, non essendo sufficiente la mera dimostrazione della lesione dell'integrità biopsichica di un individuo.

Anche la giurisprudenza di legittimità, pur aderendo spesso all'inquadramento del danno biologico come danno-evento, ha sempre ribadito la necessità che venga accertato in concreto.

La prassi applicativa ha poi, nel corso degli anni, trovato un proprio assestamento in un sistema bipartito del danno non patrimoniale (danno alla salute e danno morale soggettivo)[150], il quale si basa, innanzi tutto, sull'accertamento, in sede medico-legale, della consistenza della lesione all'integrità psico-fisica subita dal danneggiato, ovvero l'entità delle menomazioni, che viene espressa in termini percentuali di diminuzione delle capacità dinamico-relazionali (c.d. punti di invalidità); a tale parametro numerico viene poi associato un importo in denaro, variabile a seconda dell'età del soggetto danneggiato (c.d. criterio tabellare)[151].

---

[150] Per tale impostazione cfr. G.PONZANELLI, *Critica del danno esistenziale, cit*.

[151] Il metodo tabellare per la liquidazione del danno biologico ha trovato accoglimento generalizzato nei Tribunali. La predeterminazione dei punti di invalidità, peraltro, è ben più risalente rispetto al riconoscimento del danno biologico, poiché già a partire dal 1904 veniva utilizzata per stabilire la riduzione della capacità lavorativa (cfr. G.CIMAGLIA-P.ROSSI, *Danno biologico. Le tabelle di legge*, Milano 2006, pag. 25 ss.). I

La risarcibilità del danno biologico ha, infine, ottenuto l'esplicito riconoscimento nel diritto positivo: viene espressamente previsto e disciplinato, infatti, dall'art. 13, D.Lgs. 23.02.2000, n. 38[152] in materia di infortuni sul lavoro e dall'art. 5, L. 5.03.2001, n. 57 in tema di sinistri stradali. L'intervento del legislatore se, da un lato, costituisce un timido tentativo di mettere ordine in un campo che ha alimentato vivaci dibattiti in dottrina e in giurisprudenza[153], dall'altro conferma la vitalità e la validità del danno alla salute come voce ormai affermatasi nel panorama del danno risarcibile, recependo *ex post* i frutti di un'evoluzione dottrinaria e giurisprudenziale che, per le sue stesse caratteristiche, è più

Tribunali predispongono tabelle orientative per la liquidazione, costantemente aggiornate, che consentono di incrociare sull'asse delle ordinate il punto di invalidità e su quello delle ascisse l'età del danneggiato per trovare la somma da liquidare. La tabella del Tribuale di Roma, in particolare (utilizzata anche da altri uffici giurisdizionali), prevede una variazione di importo per ogni anno di età del soggetto leso. La somma così risultante, peraltro, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, non può vincolare la volontà del giudice, il quale rimane libero nel valutare i danni non patrimoniali e nella loro liquidazione, ben potendo prendere il valore risultante dalle tabelle come parametro di riferimento da aumentare o diminuire in base alle circostanze risultanti dal caso concreto. Questo approccio consente, forse, di mitigare il carattere inevitabilmente freddo e rigido del calcolo tabellare, altrimenti visto con critica diffidenza (le tabelle vengono definite "*mercuriali da magazzini generali*" da C.CASTRONOVO, *op.ult.cit*., pag. 95).

[152] L'art. 13, comma 1, D.Lgs. n. 38/2000 stabilisce che "*in attesa della definizione di carattere generale di danno biologico e dei criteri per la determinazione del relativo risarcimento, il presente articolo definisce, in via sperimentale, ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria conto gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali il danno biologico come la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona. Le prestazioni per il ristoro del danno biologico sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato*".

[153] Ma non solo l'approccio è incerto ("*in attesa della definizione di carattere generale di danno biologico e dei criteri per la determinazione del relativo risarcimento… in via sperimentale*"): la stessa impostazione riferita ad una disciplina di settore rende la norma poco adatta ad una ricostruzione organica dell'istituto Cfr. C.CASTRONOVO, *op.ult.cit*. pag. 56 ss.

sensibile alle esigenze provenienti dalla realtà socio-economica e più rapida nel dare loro un riscontro effettivo[154].

c) Il danno esistenziale. - Eppure, proprio nel momento in cui il danno biologico si è assestato, trovando una propria collocazione all'interno dell'ordinamento, sono sorte nuove spinte in direzione di un ulteriore allargamento della sfera di protezione della persona e nuove proposte di interpretazione sistematica del danno non patrimoniale. Da un lato sono state individuate sempre nuove voci di danno delle quali si affermava la risarcibilità (a partire dalla già nota idea di danno alla vita di relazione e dalle varie fattispecie di danno sofferto dai familiari della persona danneggiata, come il danno da lesione del rapporto parentale, fino al danno da morte o danno tanatologico[155]) e, dall'altro, si sono cercati diversi modi di dare fondamento normativo a tali pretese (ricorrendo, come si illustrerà di seguito, all'art. 2 Cost. o facendo riferimento all'art. 2059 c.c.)

Punto di partenza di tutti i tentativi citati è la considerazione che la tutela della persona non possa limitarsi, per quanto riguarda i danni non patrimoniali, alla tutela della salute (fermo restando il risarcimento del danno morale soggettivo), ma debba estendersi a ricomprendere tutti i

---

[154] Lo stesso processo è stato analizzato in relazione alla tutela risarcitoria per lesione di interessi legittimi, laddove la L. n. 205/2000 ha recepito l'orientamento giurisprudenziale espresso in Cass. sent. n. 500/1990.

[155] Cfr. M.BONA, *Il danno non patrimoniale dei congiunti: edonistico, esistenziale, da lesione del rapporto parentale, alla serenità familiare, alla vita di relazione, biologico, psichico o orale "costituzionalizzato"*?, in Dir.fam. 2002, pag. 69 ss.

suoi aspetti. Se, si dice, la carta costituzionale (e in particolare gli artt. 2 e 3 Cost.) delinea l'immagine di una persona a tutto tondo[156], l'ordinamento deve fornire una protezione contro "*qualunque tipo di torto suscettibile di incidere negativamente nella sfera di esplicazione personale della vittima*"[157]. Oggetto della tutela deve essere l'insieme delle "*attività realizzatrici della persona umana*"[158]. Per descrivere il danno consistente nell'impedimento allo svolgimento delle attività che contribuiscono alla realizzazione della personalità di un soggetto viene utilizzato il termine di danno esistenziale.

Tale nuova voce di danno ha senz'altro il pregio di mettere in luce tutte quelle esigenze di tutela che la disciplina del danno non patrimoniale, in seguito all'affermarsi del danno biologico, rischiavano altrimenti di restare nell'ombra, ma pone non trascurabili problemi sul piano sistematico e applicativo[159]. Innanzi tutto si critica la moltiplicazione di voci di danno, in violazione del precetto noto come "rasoio di Ockham", secondo il quale "*entia non sunt moltiplicanda praeter necessitatem*"[160]. Tale moltiplicazione ha conseguenze ancor più

---

[156] In alcuni casi si è inteso ricavare dall'art. 2 Cost. addirittura un diritto "*alla qualità della vita*" o "*alla libera estrinsecazione della propria personalità*", come in Trib. Milano, 15 giugno 2000, in Resp.civ.prev. 2001, pag. 461 ss. con nota di C.FAVILLI.
[157] Cfr. P.CENDON-P.ZIVIZ, *Danno X, Danno esistenziale*, in Enc.giur. X.
[158] C.Cost. sent. n. 186/1984, cit. riportata in P.CENDON-P.ZIVIZ, *cit*. pag. 3.
[159] Tra i maggiori critici del danno esistenziale, come autonoma categoria di danno, si citano G.PONZANELLI, *op.ult.cit*.; F.GAZZONI, *op.cit*.; M.ROSSETTI, *Danno esistenziale, una questione lontana dall'essere risolta*, in Resp. civ., 2006, 1477.
[160] Il criterio logico della semplificazione e dell'economia degli argomenti è costantemente ribadito da Guglielmo da Ockham, cfr. ad esempio G.Ockham, *Quaestiones et decisiones in quattuor libros Sententiarum Petri Lombardi* (ed. Lugd.,

evidenti in un ambito, quale quello non patrimoniale, dove più labili ed evanescenti sono le diverse definizioni e le pretese distinzioni tra loro, in quanto possono portare ad una duplicazione di risarcimenti[161]: si liquidano, cioè, due importi per due poste distinte di danno che corrispondono, in realtà, allo stesso pregiudizio o, in altre parole, per lo stesso pregiudizio vengono liquidati due (o addirittura tre, se si considera anche il danno morale soggettivo) importi, uno a titolo di danno biologico e l'altro di danno esistenziale[162].

Si teme, inoltre, che individuare nuove fattispecie di danno risarcibile (i c.d. "nuovi diritti") possa portare al risarcimento di pregiudizi lievi, inconsistenti e, pertanto, ad un proliferare di pretese risarcitorie e di azioni giudiziali (le c.d. "liti bagattellari" o "triviali"[163]).

1495), i, dist. 27, qu. 2, K: "*Numquam ponenda est pluralitas sine necessitate*". Per uno studio più approfondito delle opere si rinvia a W.RÖD, *Der Weg der Philosophie*, München, 1994, pag. 366 ss.; K.Flasch, *Das philosophische Denken im Mittelalter*, Stuttgart, 1986, pag. 441 ss.

[161] Mette in guardia dal rischio di una proliferazione dei danni alla persona D.MESSINETTI, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in Riv.crit.dir.priv., 2006, pag. 543 ss.; ID. *Pluralismo dei modelli risarcitori, cit*., pag. 558 s.

[162] Tra le due figure di danno non sussisterebbe "*alcuna differenza di carattere ontologico*", ma solo una diversità di interessi lesi: il diritto alla salute nel primo caso, un altro diritto costituzionalmente garantito nel secondo; cfr. P.CENDON-P.ZIVIZ, *op.cit*. pag. 5.

[163] Sulle liti bagattellari si ritornerà ampiamente nel cap. 2.

La partita[164], in realtà, si gioca tra l'aspirazione ad una tutela effettiva, ovvero ad un ristoro sufficientemente appagante di fronte ad eventi lesivi in grado di cambiare radicalmente un'esistenza, da una parte, ed il rischio di un risarcimento eccessivo, magari a fronte di pregiudizi che, invece, possono ritenersi normalmente sopportabili (si tratta, in estrema sintesi, dell'interazione tra *Ausgleichprinzip* e *Bereicherungsverbot* che regolano in generale la finalità e i limiti del risarcimento del danno)[165] dall'altra[166].

È significativo[167] che, per dare maggiore solidità alla nuova voce di danno teorizzata, questa viene costruita come danno-conseguenza, in antitesi all'impostazione del danno biologico che, come visto, viene concepito come danno-evento: "*il danno esistenziale deve registrare… i riflessi negativi provocati dalla lesione di una determinata situazione*

---

[164] Si usa un termine volutamente agonistico per dar conto di un dibattito dai tono molto accesi, polemici e persino sarcastici, cfr. P.ZIVIZ, *Chi ha paura del danno esistenziale?*, in Resp.civ.prev. 2002, pag. 793 ss.; ID. *E poi non rimase nessuno*, in Resp.civ.prev. 2003, pag. 709 ss.; P.CENDON-P.ZIVIZ, *Vincitori e vinti (…dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte Costituzionale)*, in Giur.it 2003, pag. 1777 ss.; e ancora P.G.MONATERI, *Il brontosauro alla resa dei conti? "I will survive"*, in Danno e resp. 2002, pag. 856 ss.; AA.VV. *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, a cura di G.PONZANELLI, Padova, 2007.

[165] Cf. G.WAGNER, *loc.cit*.

[166] È singolare come l'accusa di duplicazione del risarcimento venga rivolta reciprocamente dai sostenitori delle avverse posizioni. P.ZIVIZ, Danno X, Danno esistenziale – Postilla di aggiornamento, in Enc.giur. X, pag. 3, sostiene che "*il mantenimento della distinzione tra le varie poste che confluiscono nell'universo non patrimoniale, fondata su una precisa identificazione dei riflessi negativi da ricondurre entro ciascuna di esse, appare peraltro l'unica strada utile ad evitare il rischio di overcompensation: infatti solo una precisa enucleazione delle conseguenze che si mira a risarcire consente al giudice di verificare quali siano i pregiudizi effettivamente prodottisi a carico della vittima e ad evitare qualsiasi duplicazione risarcitoria*".

[167] Si è già delineata una delle caratteristiche fondamentali del danno risarcibile che, come verrà messo a fuoco meglio in conclusione del presente lavoro, è rappresentata dalla sua concretezza.

giuridicamente rilevante […] Non vengono, infatti modificate le frontiere del danno ingiusto… ad essere ampliato è – piuttosto – il raggio di risarcibilità delle conseguenze provocate da quei torti già in precedenza qualificati come tali"[168].

Parallelamente, invece, si è sviluppata un'altra corrente dottrinaria la quale, pur sensibile alle nuove esigenze di tutela ed alle nuove voci di danno, tuttavia ha preso una direzione diametralmente opposta: invece di soffermarsi sulle singole fattispecie dannose, secondo un percorso prevalentemente analitico, ha teso a teorizzare una figura unitaria di danno alla persona, comprensiva di tutte le lesioni che possono intaccare i diritti di un individuo[169].

d) Le c.d. sentenze gemelle. - A portare ordine in questo complesso scenario cangiante sono intervenute due pronunce della Corte di Cassazione (Cass. sent. 31.05.2003, n. 8827 e sent. 31.05.2003, n. 8828)[170], le quali hanno dato una nuova impostazione sistematica al concetto di danno non patrimoniale, ponendo almeno tre punti fermi. Partendo da una ricognizione dei diversi riconoscimenti della risarcibilità del danno non patrimoniale all'interno dell'ordinamento, come sintomo

---

[168] Cfr. P.CENDON-P.ZIVIZ, *op.cit*., pag. 5.

[169] Cfr. M.FRANZONI, *Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona*, in Resp.civ.prev., 2001, pag. 777 ss.; C.CASTRONOVO, *Dal danno alla salute al danno alla persona, cit.;* ID. *Danno biologico, cit.* pag. 191 ss.

[170] Le pronunce citate, note come "sentenze gemelle", hanno avuto da subito un'eco molto vasta. Cfr. Cass. sent. 31.05.2003, n. 8827 e sent. 31.05.2003, n. 8828, in Foro it., 2003, pag. 2272 ss. con nota di L.LA BATTAGLIA, E. NAVARRETTA; in Danno e resp., 2003, pag. 816 ss. con nota di F.D. BUSNELLI, G.PONZANELLI, A.PROCIDA MIRABELLI DI LAURO; in Corriere giur., 2003, pag. 1024 ss. con nota di M.FRANZONI; in Resp. civ., 2003, pag. 675 ss. con nota di P.CENDON, E.BARGELLI, P.ZIVIZ.

della maturata e consapevole presa di coscienza, anche da parte del legislatore, della necessità di approntare una tutela più intensa e pervasiva dei valori inerenti alla persona[171], le due sentenze individuano il fulcro del ragionamento nell'art. 2 Cost., come riconoscimento della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

In primo luogo se ne trae, quindi, la logica conseguenza che "*una lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante il detto limite se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti. Occorre considerare, infatti, che nel caso in cui la lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto, la riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile quella in forma specifica) costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi*"[172].

Per dare un fondamento positivo a tale ragionamento, già presente in C.Cost. n. 184/1986, la Corte di Cassazione si allontana dal giudice delle leggi: non fa più riferimento all'art. 2043 c.c. come norma centrale

---

[171] Si citano, ad esempio, l'art. 2, L. 3.4.1988 n. 117 relativo al risarcimento, anche dei danni non patrimoniali, derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie; l'art. 29, comma 9, L. 31.12.1996 n. 675 sull'impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali; l'art. 44, comma 7, D.Lgs. 25.1.1998 n. 286 relativo all'adozione di atti discriminatori per nativi razziali, etnici o religiosi; l'art. 2, L. 24.3.2001 n. 89 sul mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo. Tale percorso è compiuto anche dalla giurisprudenza e si citano, in merito, lo sviluppo del danno biologico e la sua separazione dal danno morale soggettivo.

[172] Cfr. Cass.sent. n. 8828/03 (est. R.PREDEN) la quale, seppure rechi un numero successivo, è stata redatta anteriormente, come risulta dalla stessa Cass. sent. n. 8827/03 (est. A.AMATUCCI) che cita testualmente la prima.

di risarcimento del danno da illecito (seppure in collegamento con l'art. 32 Cost. nella configurazione del danno biologico), bensì all'art. 2059 c.c.[173]. Se, infatti, tale norma stabilisce che il danno non patrimoniale può essere risarcito esclusivamente in presenza di una legge che lo preveda e la riserva di legge è rispettata per fonti normative ordinarie (su tutte l'art. 185 c.p.), a maggior ragione la riserva di legge deve valere per norme di rango costituzionale che rispetto alla legge ordinaria sono sovraordinate.

Ecco, dunque, che l'art. 2059 c.c., da baluardo insormontabile della diffidenza verso il danno non patrimoniale, viene addomesticato e, anzi, trasformato nello snodo di passaggio che consente di far transitare all'interno dell'ordinamento la tutela di una "*categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona*"[174].

Ne deriva che ogni lesione di un diritto costituzionalmente garantito fa maturare una pretesa risarcitoria anche del danno non patrimoniale[175] che, non attenendo alla salute ma alla manifestazione della personalità umana, viene fatto rientrare nella qualifica di "danno

---

[173] Correttamente inteso, si assesta anche il rapporto tra le due norme in esame: l'art. 2043 c.c. si riferisce alla fattispecie dannosa; l'art. 2059 c.c., al contrario, attiene all'obbligazione risarcitoria. Cfr. in questo senso C.CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit.* pag. 71.

[174] Cfr. Cass.sent. n. 8827/03.

[175] Si passa, così, da una tipizzazione "forte" del danno non patrimoniale, in quanto collegata alle fattispecie di reato tassativamente previste dall'ordinamento, ad una tipizzazione "debole", in quanto il riferimento ai diritti costituzionalmente garantiti seppure ancora la tutela risarcitoria, pur sempre, ad un dato normativo, tuttavia lascia ampio spazio all'interpretazione che, partendo da quel dato normativo (ovvero i diritti riconosciuti espressamente nella carta costituzionale) può estenderne la portata e la valenza. Cfr. A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti cit*. pag. 253 s.

esistenziale". Ogni evento lesivo che, ad esempio, causa uno sconvolgimento delle proprie abitudini di vita, anche a prescindere dalla sofferenza transeunte e dai patemi d'animo (oggetto del danno morale), e anche se non comporti una lesione dell'integrità psico-fisica (oggetto del danno biologico) deve essere comunque riparata.

Tra le situazioni giuridiche soggettive che godono di protezione costituzionale viene innanzi tutto in questione la famiglia, disciplinata all'art. 29 Cost.. A tale riguardo si è affermato che "*il riconoscimento dei 'diritti della famiglia'... va invero inteso non già, restrittivamente, come tutela delle estrinsecazioni della persona nell'ambito esclusivo di quel nucleo, con una proiezione di carattere meramente interno, ma nel più ampio senso di modalità di realizzazione della vita stessa dell'individuo alla stregua dei valori e dei sentimenti che il rapporto parentale ispira, generando bensì bisogni e doveri, ma dando anche luogo a gratificazioni, supporti, affrancazioni e significati*"[176].

In secondo luogo ad una fase di espansione dell'area del danno risarcibile la Corte di Cassazione ne ha fissato, per converso, dei limiti: le diverse voci di danno individuate non devono corrispondere ad altrettante poste nella liquidazione del risarcimento indipendenti l'una dall'altra: l'importo deve essere complessivo ed evitare duplicazioni e, pertanto, se

[176] Nel caso concreto, come noto, si trattava di una coppia di genitori che, in seguito alla nascita di un bambino con gravi malformazioni dovute ad un intervento colposamente tardivo di parto cesareo, si erano visti costretti a cambiare radicalmente vita per potersi prendere cura del figlio.

viene già riconosciuto un danno morale, la liquidazione del danno esistenziale derivante dal medesimo evento dovrà tener conto delle somme già riconosciute sotto altra voce.

Ne deriva una concezione unitaria di danno alla persona il quale può essere scomposto in diverse voci, che rappresentano le conseguenze pregiudizievoli della lesione di un diritto costituzionalmente garantito; conseguenze che, in quanto tali, non sono *in re ipsa* ma devono essere allegate e provate, e senza che ciò comporti una locupletazione del soggetto danneggiato.

In terzo luogo la Suprema Corte ha fatto chiarezza su un ulteriore punto controverso del danno non patrimoniale, ovvero il danno subito da terzi e, in particolare, dai familiari, a causa di un evento lesivo[177] che ha colpito un loro prossimo congiunto (c.d. danno riflesso o danno da rimbalzo). A tale proposito, la Corte di Cassazione ha affermato che "*l'evento naturale 'morte' non causa soltanto l'estinzione della vita della vittima primaria, che subisce il massimo sacrificio del relativo diritto*

[177] Come si è visto, il fatto dannoso può essere costituito dalla morte del congiunto, ma anche dalla sua riduzione in uno stato di invalidità o dalla perdita di capacità rilevanti nell'ambito del vivere comune quale, ad esempio, la capacità sessuale. Si citano, ad es. le sentenze Cass. sent. n. 2915/71, n. 1016/73, n. 6854/88, n. 11396/97 (relative ad un caso di morte di un congiunto); Cass. sent. n. 4186/98, n. 4852/99, n. 13358/99, n. 1516/01, S.U. n. 9556/02 (relative, invece ad un caso di da lesione non mortale sofferta da un congiunto); Cass. sent. n. 6607/86 (che ha deciso sulla richiesta risarcitoria per il danno patito da una donna per l'impossibilità di intrattenere rapporti sessuali a causa delle lesioni subite dal coniuge); Cass. sent. n. 8305/96 (in cui la moglie ed i figli chiedevano il risarcimento dei danni subiti in seguito ad un incidente del marito e padre, rimasto poi in coma profondo, per la lesione dei diritti riflessi di cui siano portatori, ai sensi degli artt. 143 e 147 c.c.). In tutti i casi riportati è stato liquidato, ai congiunti della vittima, il risarcimento a titolo di danno morale soggettivo.

personalissimo, ma causa altresì, nel contempo, l'estinzione del rapporto parentale con i congiunti della vittima, che a loro volta subiscono la lesione dell'interesse alla intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che connota la vita familiare".

Aspetto centrale delle fattispecie descritte è la c.d. "propagazione intersoggettiva" delle conseguenze di un medesimo fatto illecito[178]. La Suprema Corte ha contestato l'interpretazione comune che parla di "danno riflesso" o "danno di rimbalzo", poiché non si tratta della tutela del soggetto vittima dell'evento lesivo che si trasmette o si propaga anche ai soggetti a lui più vicini, bensì di una forma di protezione nei confronti degli stessi congiunti, direttamente e immediatamente colpiti nella propria sfera di affetti familiari (costituzionalmente riconosciuta) dal fatto illecito[179].

Un ulteriore contributo è stato apportato, con singolare coincidenza temporale, dalla Corte Costituzionale (sent. 11.07.2003, n. 233)[180], la quale da un lato ha aderito all'impostazione dogmatica fornita

---

[178] Cfr. sul punto, ampiamente, C.CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, cit*. pag. 74 ss.

[179] La Suprema Corte (Cass. sent. n. 8827/03) prende allora le mosse, per individuare il fondamento della tutela ai congiunti, nei reati plurioffensivi, ricostruzione criticata, tuttavia, da C.CASTRONOVO, *loc.cit*., il quale osserva che vittima del reato è unica, ed è la "vittima prima" mentre, in punto di tutela, si avrebbe "*una sorta di immedesimazione della sorte dei congiunti in quella della vittima*". Cfr. anche D.VITTORIA, *Un 'regolamento di confini' per il danno esistenziale*, in Contr.e impr. 2003, pag. 1248 ss.

[180] C.Cost. sent. 11.07.2003, n. 233, in Foro it., 2003, pag. 2201 ss. con nota di E. NAVARRETTA; in Danno e resp., 2003, pag. 939 ss. con nota di A.PROCIDA MIRABELLI DI LAURO; in Corriere giur., 2003, pag. 1028 ss. con nota di M.FRANZONI; in Resp. civ., 2003, pag. 1036 ss. con nota di P.ZIVIZ, in Giur.it., 2003, pag. 1777 ss. con nota di P.CENDON e P.ZIVIZ.

dalle due sentenze della Corte di Cassazione e, dall'altra, ha fatto chiarezza su un diverso aspetto dell'art. 2059 c.c.. Si è detto, infatti, che il riferimento normativo principale evocato dalla riserva di legge ivi contenuta è l'art. 185 c.p. e, dunque, il danno morale soggettivo è risarcibile solo nelle fattispecie che costituiscono reato. Si pone allora il problema di stabilire se, ai fini della condanna al risarcimento del danno (sul piano, quindi, civilistico), debbano ricorrere tutti gli elementi che integrano la fattispecie di reato, accertati secondo la disciplina penalistica, ben più rigorosa di quella civilistica, in particolare per quanto riguarda l'onere probatorio e l'imputazione della responsabilità[181].

L'art. 2054 c.c., ad esempio, che disciplina la responsabilità civile nella circolazione dei veicoli, stabilisce una presunzione di colpa in capo al conducente (il quale, per liberasi, deve dimostrare "*di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno*"). In caso di incidente stradale che causi la morte o lesioni alla vittima, pertanto, vi è la concreta possibilità che il guidatore venga ritenuto responsabile sul piano civile (laddove non riesca a vincere la presunzione di colpa) e venga invece assolto sul piano penale, laddove non si riesca a dimostrare, con i crismi della certezza richiesti dalla disciplina, la sua colpevolezza.

[181] Recentemente, la diversità delle due discipline è stata ribadita in relazione all'accertamento del nesso di causalità. Cfr. Cass., sent. 16.10.2007, n. 21619, in Corr. giur., 2008, pag. 35 ss., con nota di M.BONA; in Danno e resp., 2008, pag. 43 ss., con nota di PULCELLA; in Resp. civ., 2008, pag. 323 ss., con nota di LLOCATELLI.

Riguardo a simili fattispecie la Corte Costituzionale ha confermato che, ai fini della condanna al risarcimento del danno morale soggettivo (alla vittima e ai suoi congiunti) non è necessario che venga accertata la responsabilità sul piano penale, ma è sufficiente che la fattispecie corrisponda, nella sua oggettività, all'astratta figura di reato. Ne deriva, naturalmente, un'ulteriore ampliamento, sul piano applicativo, della tutela dei danni non patrimoniali.

e) La posizione delle Sezioni Unite. – Benché le sentenze emesse nel 2003, appena illustrate, abbiano svolto una precisa funzione di riordinamento sistematico della materia, il danno non patrimoniale ha continuato a suscitare profonde contrapposizioni tra gli interpreti[182]. Forti di un'interpretazione estensiva delle argomentazioni svolte dalla Corte di Cassazione, in particolare, i giudici di merito (in particolare gli uffici del Giudice di Pace) hanno utilizzato in modo disinvolto gli strumenti concettuali elaborati dalla Suprema Corte, riconoscendo il diritto al risarcimento del danno esistenziale nelle fattispecie più disparate.

Tale situazione ha spinto la Terza Sezione della Corte di Cassazione a rimettere la questione alle Sezioni Unite, per mettere ordine una volta per tutte sull'esistenza, la portata, i limiti e la liquidazione del

[182] Ad es. cfr. P.CENDON-P.ZIVIZ, *Vincitori e vinti (...dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte Costituzionale*), laddove si interpreta il rinvio testuale alle sentenze gemelle della Cassazione come il riconoscimento definitivo, quasi la consacrazione, del danno esistenziale come categoria autonoma di danno non patrimoniale. Cfr. anche, nello stesso senso, P.ZIVIZ, *Danno X, Danno esistenziale (Postilla di aggiornamento) cit.*

c.d. danno esistenziale[183]. Le Sezioni Unite (sent. 11.11.2008, n. 26972)[184] si sono pronunciate in continuità con l'orientamento intrapreso dalle sentenze gemelle del 2003 sopra analizzate[185] seguendo le argomentazioni che si possono schematizzare:

1) in seguito ad un percorso evolutivo il danno non patrimoniale si è affrancato dal limite angusto del danno morale conseguente a reato, acquistando piena autonomia e rilevanza, affiancandosi al danno patrimoniale in un sistema della responsabilità civile a carattere "bipolare";
2) il danno non patrimoniale costituisce, pertanto, una categoria unitaria ed ampia, che ricorre in tutti i casi in cui vi sia lesione di un diritto costituzionalmente garantito, insuscettibile di essere scomposto o diviso in sottocategorie;
3) tuttavia, a meri fini descrittivi, si possono individuare diverse fattispecie in cui il danno non patrimoniale si manifesta, quali il danno morale, da intendersi in un'accezione più ampia della semplice sofferenza soggettiva transeunte e risarcibile, pertanto, anche ai

---

[183] Cass. ord. 25.02.2008, n. 4712, in Foro it., 2008, pag. 1447 ss. con nota di A.PALMIERI; in Corr. giur., 2008, pag. 621 ss., con nota di M.FRANZONI; in Danno e resp., 2008, pag. 553 ss., con note di G.PONZANELLI e M.BONA.

[184] Cass. S.U., sent. 11.11.2008, n. 26972, in Resp.civ. 2009, pag. 4 ss.

[185] L'impostazione della sentenza Cass. S.U. n. 26972/08 è perfettamente condivisibile e giustificabile: nell'ottica della funzione nomofilattica della Suprema Corte e dell'esigenza di inquadramento sistematico (di una nuova fase di "sistole" se è consentito proseguire con la metafora che fa da filo conduttore della presente indagine) del danno non patrimoniale, infatti, era opportuno dare un forte segno di continuità e di coerenza. Non a caso il Consigliere incaricato come estensore della sentenza, PREDEN, era stato estensore della sentenza Cass. n. 8828/03.

congiunti della vittima ogni volta che ricorra un fatto astrattamente configurabile come reato; il danno biologico, che consiste nella lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale e, infine, tutti gli altri pregiudizi, non rientranti nei precedenti casi, che si soffrano a causa della lesione di un diritto costituzionalmente garantito, che comportino uno sconvolgimento nella vita di un soggetto e che, "*per comodità di sintesi possono essere descritti e definiti esistenziali, senza che tuttavia possa configurarsi una autonoma categoria di danno*";

4) tale forma di danno che, all'interno del danno non patrimoniale, può essere definito esistenziale[186], deve essere comunque accertato in concreto e può verificarsi anche in ambito contrattuale laddove, ad esempio nel caso di un rapporto di lavoro subordinato o nei contratti c.d. di protezione (ivi inclusi i rapporti nascenti da "contatto sociale"), lo svolgimento delle prestazioni coinvolga anche interessi di rilevanza costituzionale; ricorrerà in tali fattispecie una responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c.[187];

---

[186] Il danno esistenziale, dunque, viene riconosciuto dalle Sezioni Unite, ma non come autonoma categoria di danno, bensì come semplice voce descrittiva e sintetica. È legittimo comunque aspettarsi che, da tale impostazione, entrambe le voci, sopra esposte, dell'acceso dibattito sul danno esistenziale troveranno argomenti per sostenere la conferma, nelle parole della Cassazione, alle proprie posizioni.

[187] La decisione, tuttavia, non si spinge ad analizzare su un altro piano le conseguenze non patrimoniali di un inadempimento, ovvero la lesione di tutti quegli interessi non economici (di affezione, di intrattenimento, di godimento e di piacere intellettuale) che

5) il danno esistenziale sarà risarcibile solo se il diritto verrà "*inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio*", ovvero "*la lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza (e che trova il proprio fondamento nell'art. 2 Cost.): entrambi i requisiti "devono essere accertati secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un dato momento storico*"[188];
6) il danno non patrimoniale è danno-conseguenza, che deve essere accertato e provato (anche con l'aiuto delle presunzioni).

Da tale quadro deriva, in estrema sintesi, che:

A) non possono esistere diverse categorie di danno non patrimoniale, ma semplici espressioni descrittive e sintetiche, e comunque a condizione che non portino alcuna duplicazione di risarcimento;
B) la tutela del danno non patrimoniale rappresenta una tutela risarcitoria minima, che deve essere concepita in termini ampi, anche in ambito contrattuale (e secondo la disciplina delle obbligazioni), ma entro determinati confini: i) innanzi tutto il fondamento tipologico, ovvero la lesione di un diritto costituzionalmente garantito; ii) inoltre il suo necessario accertamento in concreto e iii) infine, il carattere di serietà

---

spesso si accompagnano alla prestazione dedotta nel contratto. Sul punto si dovrà tornare più ampiamente in seguito.

[188] È questo il passaggio più delicato della sentenza. Sul concetto di soglia ci si soffermerà approfonditamente nel prossimo capitolo.

o gravità, tale da far superare una soglia al di sotto della quale non è ragionevole ritenere che l'ordinamento debba reagire.

La Cassazione a Sezioni Unite ha perciò confermato, e considerato centrali nel proprio ragionamento, due elementi che si è tentato qui, sin dalle prime battute, di mettere in evidenza, anticipando le conclusioni del presente lavoro: il danno deve essere concreto (anche laddove la sua caratteristica non patrimoniale renda difficile la prova) e la tutela risarcitoria è essenzialmente compensativa, deve cioè ristorare tutte e solo le conseguenze pregiudizievoli di un evento lesivo subite da un soggetto.

2. LA SOGLIA DI RILEVANZA DEL DANNO.

2.1. Il paradosso del sorite.

2.1.1. ***Il problema.*** – Dalla semplice analisi delle principali tappe compiute dal processo di espansione del danno risarcibile negli ultimi decenni (con una sensibile accelerazione a partire da Cass. sent. n. 500/99) emerge la tendenza progressiva a garantire una tutela sempre più ampia e penetrante, costantemente rintuzzata, però, dallo sforzo analitico di ricondurre le nuove esigenze di tutela nelle note categorie sistematiche[1].

Ma vi è un altro aspetto utile a contenere e allo stesso tempo a comprendere tale processo, che consiste nell'analisi delle regole tecniche e delle norme applicative che portano alla determinazione del danno risarcibile.

Nel processo di rapida espansione dell'ambito dei pregiudizi ai quali viene accordata la tutela risarcitoria si è tentato di intervenire principalmente, per contrastare in particolare i danni c.d. bagattellari, sul piano degli interessi giuridicamente tutelati e quindi, essenzialmente, sulla definizione e sui limiti del danno ingiusto. Un utile contributo a

---

[1] Tale percorso, in estrema sintesi, si è svolto "*lungo la sequenza: (a) danno ingiusto uguale lesione di un diritto assoluto; (b) danno ingiusto uguale lesione di un diritto soggettivo, anche relativo; (c) danno ingiusto uguale lesione di un interesse, anche se non protetto come diritto soggettivo*", cfr. F.GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in Contr.e impr., 1985, pag. 1. Alla prima fase appartiene il danno quale violazione dei diritti reali o della persona; alla seconda la vasta gamma di fattispecie riassunta come lesione aquiliana del credito; nella terza rientrano la tutela del possesso ed il risarcimento per lesione di interessi legittimi.

questa fase di "sistole" può essere dato, invece, da un'analisi quantitativa del danno risarcibile.

La differenza, ad esempio, tra lo *stress* che provocano i volantini pubblicitari immessi nella cassetta delle lettere[2] e lo *stress* che determina patologie psichiche accertate in sede medico-legale, infatti, è difficilmente determinabile sul piano qualitativo (si tratta pur sempre di una lesione all'equilibrio ed alla serenità mentale) ma appare evidente sul piano della sua intensità. Il problema sta nel fatto che lo *stress* e, con questo, il danno non patrimoniale subito, aumenta gradualmente e senza soluzione di continuità. Anche una lieve spinta data per salire su di un autobus pieno all'ora di punta, se lieve, ha come unico effetto lo spostamento della persona e la liberazione di un piccolo spazio sufficiente a prendere posto a bordo. Ma se la spinta è più forte e tale da far cadere l'altro passeggero, allora le conseguenze potranno essere dannose[3].

La lista di esempi potrebbe continuare, ad esempio con le molestie telefoniche, mediante messaggi di testo sul cellulare o per e-mail. Anche in questo caso un singolo episodio, o un evento di lieve

---

[2] Il danno da "cassetta della posta intasata" è stato talvolta riconosciuto come oggetto di tutela risarcitoria, come in GdP Bari 22.12.2003, in Danno e resp. 2004, 880 ss.

[3] La difficoltà del problema dipende dalla difficoltà, affrontata all'inizio del presente lavoro (v. *supra*, cap. 1.1.), di definire il concetto di danno. Una concezione meramente naturalistica, infatti, può portare a considerare dannosi (e pertanto risarcibili), anche pregiudizi relativi a situazioni che l'ordinamento non ritiene meritevoli di tutela. Al contrario, però, la teoria normativa del danno, almeno nella sua formulazione più astratta, rischia di ammettere la tutela risarcitoria anche in casi nei quali, in concreto, non si sia verificato alcun pregiudizio.

entità non ha rilevanza giuridica ma, laddove si protragga, potrà rientrare nella recente figura dello *stalking*.[4] È un aspetto comune a tutte le situazioni in cui si passa da uno stato A ad uno stato B secondo un *continuum* uniforme: si pensi al girino che diventa rana o ad una capigliatura che si trasforma in calvizie.

2.1.2. *Il paradosso.* - In termini logico-matematici è stato studiato come il paradosso del *sorite*[5] e può essere formalizzato nei seguenti termini: se si prende un singolo sasso o una piccola quantità di sassi, tale da non costituire un mucchio di sassi, e a questa manciata si aggiunge un sasso, ancora non diventa un mucchio ma resta una piccola quantità, una manciata. Se si aggiunge un altro sassolino, secondo il principio precedente la manciata resta tale, e così all'infinito, con il risultato che ci si troverà di fronte a una montagna di sassi ma senza poter individuare un "punto di rottura", ovvero un momento in cui la manciata è diventata mucchio.

---

[4] Cfr. DI SABATINO E., *Dal mobbing allo stalking allo straining*., in La resp.civile, 2007, pag. 171 ss.; PEZZELLA V., *Stalking*: *dalla molestia alla persecuzione - L'ordinamento non conosce ancora un'autonoma figura di reato - I rimedi giurisprudenziali*, in Dir. e giust. 2005, pag. 51 ss.; BONA M., "*Stalking*": *una nuova cornice giuridica per i molestatori insistenti*., in Danno e resp. 2004, pag. 1049 ss.; in giurisprudenza, Trib. Min. Bologna, sent. 21.12.2006, in Fam. pers. succ., 2007, pag. 273 ss.

[5] Cfr. J. CARGILE, *The Sorites Paradox*, in The British Journal for the Philosophy of Science 1969 20(3), pag. 193 ss; R. BAUM, *Logic,* New York 1975, pag. 443 ss; R.CAMPBELL, *The Sorites Paradox*, in Philosophical Studies, 26, 1975, pag. 175 ss., R.B.EDLOW, *The Stoics on Ambiguity*, in Journal of the History of Philosophy, 1975, pag. 423 ss.; H.J.EHLERS, *Logic: Modern and Traditional*, Columbus, O., 1976, pag. 82 ss, 190 ss.; R.J.FOGELIN, *Understanding Arguments*, New York, 1978, pag. 73 ss.

Allo stesso modo un povero, che chiede l'elemosina ad un angolo della strada, se riceve una moneta non diventa ricco, ma resta povero. Se riceve una seconda moneta, la sua condizione non cambia. Ma se una singola moneta, ogni volta, non può mutare la sua situazione, potrà avvenire che la stessa persona accumuli centinaia di migliaia di monete, senza che si possa individuare un momento in cui sia diventato ricco.

2.1.3. *L'ambito di indagine.* - Il paradosso si può contestualizzare anche in ambito contrattuale: se una prestazione deve essere eseguita entro un lunedì e, invece, viene eseguita il martedì, a meno che non si tratti di un termine essenziale, non ci sarà danno (si pensi ad un appalto d'opera, la cui durata è prevista in 4 anni: un giorno in più non cambierà le cose). Si può dire, quindi, che tra lunedì e martedì non vi è differenza. Se viene eseguita il mercoledì, secondo lo stesso principio, tra mercoledì e martedì la situazione non muta. Il mercoledì sarebbe quindi equivalente anche al lunedì e così via. In questo caso, tuttavia, la prassi commerciale e il carattere patrimoniale della prestazione consentono di individuare un momento in cui il danno da ritardo si può determinare e quantificare (ad es. dopo una settimana). Il principio, però, può essere esteso a tutte le tipologie di danno che passano da una situazione per così dire embrionale ad una chiaramente manifesta[6].

[6] Da un punto di vista prettamente logico, anzi, il discorso della soglia di rilevanza può essere generalizzato in maniera coerente a tutte le fattispecie di danno: nei casi in cui è sufficiente un solo evento per concretizzare un danno (ad esempio in caso di termine essenziale, in ambito contrattuale, di distruzione di un bene, in campo aquiliano) si

Lo stesso problema si può porre per un contratto di compravendita o di fornitura di materiali o altri beni: se, ad esempio, viene consegnata una partita di 10.000 bulloni, di cui uno è difettoso, difficilmente si potrà configurare una pretesa risarcitoria (ma anche un'azione di riduzione appare improbabile); se i bulloni che presentano vizi nella filettatura, però, salgono a 1.000, allora la valutazione sarà diversa. Una analoga osservazione può essere fatta per un carico di mele, di cui una risulti ammaccata. Anche in questo caso il problema consiste nello stabilire la percentuale di unità non conformi che è fisiologica in una partita (e che pertanto, pur in presenza di un teorico inadempimento, non concretizzerà un danno) e la soglia oltre la quale il creditore potrà, invece, lamentare di aver subito un danno (ovviamente tale soglia potrà dipendere dalla quantità totale di merce venduta, dall'uso che se ne deve fare, dalla gravità dei vizi, etc.).

2.2. Fondamento positivo e inquadramento sistematico della soglia.

2.2.1. ***Il concetto di soglia.*** - La soluzione consiste nello stabilire una soglia di rilevanza del danno. Come risulta dagli esempi appena esposti, tuttavia, la fissazione di un "punto di rottura" ha in sé tre elementi caratteristici: *(a)* è necessaria, se si vuole ricondurre degli effetti

---

tratta semplicemente di collocare la soglia non nel mezzo di un processo progressivo ma direttamente al momento iniziale (se, in altri termini, la soglia S va collocata tra due momenti T_0 e T_1, cioè $T_0 \leq S \leq T_1$, allora in questi casi S coinciderà semplicemente con T_0).

giuridici ad una fattispecie che, di per sé, non consente di distinguere tra momenti o gradi diversi di un determinato processo; *(b)* è arbitraria, poiché, come si è visto, non vi è mai distinzione netta tra un momento e quello successivo e la distinzione, tramite un "prima" e un "dopo" o un "al di qua" e un "al di là", costituisce un'operazione inevitabilmente arbitraria; si possono tuttavia stabilire dei criteri in base ai quali giustificare la fissazione di una determinata linea di demarcazione (nel precedente esempio, si può stabilire a quanto deve ammontare il patrimonio del soggetto perché da povero passi a ricco, così come si può decidere il numero minimo di sassi deve contenere un mucchio); *(c)* è discriminatoria, poiché rende diversi due momenti o due fattispecie anche molto simili o vicini tra loro (si pensi a due compiti di esame, entrambi lacunosi, ma di cui uno raggiunge la soglia della sufficienza e l'altro no[7]).

Applicando tale concetto alla tutela risarcitoria, ad esempio, una singola molestia può dare semplicemente fastidio, ma al ripetersi della molestia il sentimento diventerà frustrazione fino anche al trauma. Allo stesso modo un cambiamento nel tenore di vita può essere tollerabile ed assorbito dalla quotidianità, ma la stratificazione di gesti ripetuti

[7] In ambito giuridico si può pensare ai numerosi esempi in diritto tributario, laddove il reddito imponibile è suddiviso in scaglioni e, se si supera anche di poche centinaia di euro la soglia tra uno scaglione e quello successivo, si è soggetti ad una diversa aliquota (cfr. art. 11, D.P.R. 22.12.1986, n. 917, Testo Unico delle imposte sui redditi.

costantemente può tramutarsi nella perdita di vitalità degenerando, ad esempio, nella depressione.

Il quadro è ancor più complesso in quanto esiste una componente di sofferenza, di dolore e di delusione che è connaturale al vivere umano, immerso nella società e scandito dal ritmo costante della quotidianità, così come ogni altra emozione o sensazione. Questi sentimenti accompagnano l'esistenza di ogni giorno come un rumore di fondo, sono naturali ed immanenti. Fino a che la sofferenza rimane entro questi limiti l'ordinamento non interviene a contrastarla o a rimuoverne le conseguenze.

Solo una volta superata una determinata soglia il danno sarà meritevole di rilevanza giuridica e si è dimostrato come ogni grandezza che cresce secondo un *continuum* uniforme porta con sé la necessità dell'individuazione di determinate soglie.

Stabilire una soglia di rilevanza del danno, tuttavia, comporta una serie di problemi di non facile soluzione: *(a)* la natura di tale soglia o, in altri termini, il piano giuridico al quale la soglia appartiene; *(b)* il criterio o i parametri con cui stabilire tale soglia; *(c)* l'arbitrarietà della soglia, dalla quale deriva una diversità di trattamento o di effetti a seconda che ci si trovi al di qua o al di là del limite stabilito, anche se per una distanza o una quantità appena percepibile. Nei prossimi paragrafi si tenterà di dare una risposta a tali aspetti problematici.

2.2.2. *La soglia come presupposto della tutela.* – L'argomentazione sinora svolta, con le differenze che si cercherà di mettere in evidenza, è stata percorsa nella recente pronuncia della Cassazione (Cass. S.U., sent. 11.11.2008, n. 26972[8]) la quale, investita a Sezioni Unite della questione sulla configurabilità e sui limiti del danno esistenziale, ha tentato di scongiurare il rischio del moltiplicarsi delle liti c.d. bagattellari volte ad ottenere un risarcimento del danno non patrimoniale per eventi scarsamente (o per nulla) lesivi. A tal fine ha affermato che "*la gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile*" (Cass. S.U., sent. 11.11.2008, n. 26972).

[8] Cass. S.U., sent. 11.11.2008, n. 26972, in Corr.giur. 2009, pag. 48 ss.; in Danno e resp. 2009, pag. 19 ss., con note di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e LANDINI.

Il principio enunciato dalla Suprema Corte si basa, in estrema sintesi, su tre elementi fondamentali: *(a)* la gravità dell'offesa o, altrimenti detto, la serietà del pregiudizio; *(b)* l'accesso alla tutela, espresso in termini di meritevolezza e *(c)* il bilanciamento tra i principi, entrambi ricavati dal piano costituzionale, di solidarietà e di tolleranza. Si tratta di concetti già presenti nell'ordinamento ed applicati dal legislatore e dalla giurisprudenza nelle fattispecie più diverse. Occorre, allora, sottoporre questi tre elementi alla prova dell'analisi sistematica per verificare la solidità della loro applicazione, secondo il ragionamento compiuto dalla Corte di Cassazione, al danno risarcibile.

Il concetto di gravità come "*ulteriore requisito*"[9] per poter accedere alla tutela giudiziale sembra porre il problema della soglia sul piano rimediale, o dell'azione. La soglia di gravità o serietà non è, cioè, connaturata al danno, bensì è relativa alla possibilità del soggetto che si afferma danneggiato (o in pericolo di esserlo) di ottenere un provvedimento del giudice volto a tutelare il suo interesse leso.

(a) La tutela cautelare. – Il referente testuale può essere, allora, la tutela cautelare, la quale viene concessa solo laddove sussista il pericolo di "un pregiudizio grave e irreparabile"[10] qualora non si intervenga

[9] Cass. S.U. n. 26972/08.
[10] Ma le diciture possono essere anche diverse, come il "danno grave e prossimo alla cosa che forma l'oggetto del suo diritto o del suo possesso" previsto dall'art. 1172 c.c. che disciplina la denunci di danno temuto.

tempestivamente. Il danno definito "grave"[11] integra il requisito del *periculum in mora*, che costituisce una delle "*condizioni di fondatezza" del giudizio cautelare*"[12] o, più semplicemente, insieme al *fumus boni iuris*, una delle "*condizioni specificamente proprie dell'azione cautelare*"[13].

In questa collocazione sistematica il concetto di gravità del danno da un lato ha svolto e svolge indubbiamente una notevole funzione selettiva[14] delle fattispecie meritevoli di tutela cautelare e, dall'altro, si è dimostrato uno strumento sufficientemente duttile da adattarsi a tutti i

---

[11] La caratteristica della gravità viene alternativamente riferita, dalla giurisprudenza e dal legislatore, ora al pregiudizio che si può subire, ora ai motivi che sono alla base della richiesta del ricorrente. In questa seconda versione compare, ad esempio, nell'ambito delle domande di sospensione dell'efficacia esecutiva delle sentenze di primo grado (art. 351 c.p.c.) o di sospensione dell'esecuzione provvisoria di un decreto ingiuntivo (art. 649 c.p.c.). Il ruolo svolto dal termine, in tutti i casi, è analogo, cfr. S.RECCHIONI, *Periculum in mora (nel processo cautelare civile),* in Digesto Priv. sez.civ., Aggiornamento ***, pag. 908

[12] Cfr. V.ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1961, pag. 280 s.; negli stessi termini S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in Trattato sui processi speciali a cura di S.CHIARLONI – C.CONSOLO, Torino, 2005, pag. 133 ss.; ID. *Il pericolo come elemento della fattispecie processuale cautelare: il pericolo come relazione fra eventi*, in Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia, Milano 2005, pag. 1431 ss.

[13] Così sono definiti da C.MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino 2005, pag. 82 e da C.PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino 2008, pag. 42 s.

[14] La gravità, infatti, insieme alla irreparabilità, rappresenta una rete a maglie strette, in grado di filtrare la proliferazione di richieste cautelari, anche grazie ad un orientamento tendenziale delle Corti a riconoscerne con relativa parsimonia la sussistenza. Anche in questo caso, a monte del giudizio di gravità, vi è una comparazione tra gli interessi in gioco: tale procedimento logico è previsto addirittura espressamente dall'art. 2378 c.c. in materia di impugnazioni di delibere assembleari, laddove si afferma che il Giudice deve valutare "*comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione della deliberazione*".
Naturalmente il parametro della gravità va collegato e integrato con quello della irreparabilità, poiché il giudizio di meritevolezza è la risultante dell'interazione dei due parametri. Non sarà sufficiente, pertanto, il rischio di subire un pregiudizio, anche grave, se poi potranno essere adottate delle misure risarcitorie o ripristinatorie tali da tenere indenne il ricorrente; allo stesso modo un pregiudizio irreparabile non darà luogo ad un provvedimento cautelare se la sua entità sarà limitata.

casi in cui l'ordinamento prevede tale forma di tutela[15]. La funzione dei requisiti necessari per ottenere la tutela cautelare è stata sottolineata, con singolare coincidenza di termini rispetto alla motivazione delle Sezioni Unite, affermando che "*occorre dunque delineare una soglia di plausibilità per la pretesa di merito del ricorrente cautelare*"[16].

Tale impostazione, tuttavia, è corretta ed accettabile solo in quanto è coerente e conforme alle caratteristiche tipiche della tutela cautelare che è, per sua natura, anticipatoria e strumentale[17] rispetto alla corrispondente azione di merito. I provvedimenti cautelari o di urgenza rappresentano pur sempre, dunque, un supplemento di tutela dovuto alle esigenze di celerità, di prevenzione e di effettività[18], a maggior

---

[15] Di "danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto" parla l'art. 3 L. n. 205/2000 in tema di impugnazione dei provvedimenti amministrativi. Si pensi ad esempio, inoltre, agli artt. 61 ss. R.D. n. 929/1942 (come modificati dal D.Lgs. 4.12.1992, n. 480 e dal D.Lgs 19.03.1996, n. 198) in tema di marchi registrati; agli artt. 81 ss. R.D. n. 1127/1939 (come modificato dal D.Lgs. n. 198/1996) in tema di brevetti; o ancora all'art. 156 L. n. 633/1941 in materia di diritto d'autore, all'art. 2, D.Lgs. n. 74/1992 contro la pubblicità ingannevole, all'art. 33 L. n. 287/1990 nell'ambito della disciplina antitrust oppure ancora all'art. 1469-sexies c.c. (ora superato dall'art. del D.Lgs. n. , c.d. codice del consumo) come tutela dalle clausole contrattuali abusive.

[16] Cfr. C.CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele*, Padova, 2003, pag. 286 s.

[17] Cfr. E.FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale*, in Enc.dir. XLV; ID. *Provvedimenti cautelari (dir.proc.civ.*), in Enc.dir. XXXVII. Non è questa la sede per approfondire il rapporto tra procedimento cautelare e giudizio di merito; è appena il caso di sottolineare come, anche se in seguito alla riforma del codice di procedura civile apportata dal D.Lgs. n. 51/2005, i giudizi cautelari abbiano perso la loro necessaria caratteristica di provvisorietà, la loro natura resta comunque legata all'urgenza e, pertanto, alla cognizione sommaria.

[18] Cfr. A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, pag. 163. Non ha destato, infatti, particolari preoccupazioni la difficoltà di individuare parametri oggettivi che consentano di stabilire quando un danno sia sufficientemente grave da giustificare l'intervento del provvedimento cautelare. Se, infatti, in alcuni casi è il codice stesso a stabilire contro quali rischi debba intervenire preventivamente l'ordinamento (ad esempio il rischio che vada perso il bene di cui è controversa la proprietà, nel caso di sequestro giudiziario ex art. 670 c.p.c. o di perdere la garanzia patrimoniale del credito

protezione degli interessi in pericolo, che comunque si affianca e non si sostituisce ai giudizi di merito a cognizione piena. Se il presupposto della tutela è, dunque, quello di evitare conseguenze pregiudizievoli che potrebbero insorgere *medio tempore*, perfettamente logico e corretto è subordinare tale mezzo di tutela al ricorrere delle condizioni che la rendono necessaria.

Ma un simile approccio si concilia male con la tutela risarcitoria la quale, al contrario, rappresenta il rimedio più utile e duttile, come si è visto, a tutela delle situazioni giuridiche soggettive giuridicamente protette. Se, in altre parole, inserire una soglia di rilevanza per accedere alla tutela cautelare non pregiudica del tutto gli interessi che si vogliono proteggere, restando pur sempre a disposizione i rimedi esperibili nel giudizio di merito, al contrario stabilire preventivamente dei limiti per poter beneficiare della tutela risarcitoria rischia di creare un vuoto di tutela, tanto più pericoloso in quanto il risarcimento del danno è spesso l'unico rimedio esperibile dal soggetto leso.

La stessa ricostruzione operata dalla Suprema Corte, peraltro, appare contraddittoria: una limitazione arbitraria (nel senso che si è sopra esposto, connaturato ad ogni inserimento di una soglia) della tutela risarcitoria, infatti, che viene negata ai danni che non superano una certa

---

nel sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c.) in altre fattispecie il requisito della gravità è individuato, caso per caso, dal giudice, a seconda di quale sia, tra le molteplici fattispecie in cui l'ordinamento prevede la tutela d'urgenza, l'ambito in cui ci si trova. Cfr. a tale riguardo C.CONSOLO, *op.cit*. pag. 287 s.

soglia di offensività, contrasta con la qualità propria di questa tutela, ribadita dalla stessa pronuncia a Sezioni Unite, di "*forma minima di tutela*" e con il ruolo assegnato dal legislatore alla tutela risarcitoria che, come si è visto, è quello di una "clausola rimediale di chiusura" che deve andare a riempire i vuoti di tutela lasciati dagli altri rimedi.

(b) La risoluzione per inadempimento. – Un discorso analogo si può svolgere anche a proposito di un altro esempio testuale in cui l'accesso ad un rimedio è subordinato ad una valutazione di "gravità", ovvero in relazione al combinato disposto degli artt. 1453 e 1455 c.c. in materia di risoluzione giudiziale per inadempimento[19], in base al quale "*il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti non ha scarsa importanza*"[20].

Anche in questo caso, cioè, il rimedio non viene accordato per il semplice inadempimento, ma è necessario che ricorra un ulteriore requisito, ovvero che tale inadempimento sia grave. Tale scelta

---

[19] Anche in questo caso, nella sterminata bibliografia sull'argomento, ci si deve limitare alle trattazioni che affrontano in maniera specifica questo particolare aspetto all'interno della disciplina della risoluzione, rinviando per il resto alle fonti ivi citate. Cfr. L.NANNI, *Art. 1455 c.c.*, in Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Bologna, 2007; G.SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in Il Codice Civile. Commentario a cura di P.SCHLESINGER e F.D.BUSNELLI, Milano, 2007; M.G.CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995; M.R. SPALLAROSSA, Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contatto, in Riv.dir.civ. 1972, pag. 460 ss.; P.CORRIAS, *Considerazioni sulla valutazione dell'importanza dell'inadempimento ai fini della risoluzione del contratto*, in Riv.giur.sarda, 1991, pag. 667 ss..

[20] Per l'equiparazione, ormai pacificamente acquisita dal linguaggio giuridico, del concetto di gravità a quello di non scarsa importanza cfr. Cass. sent. 2.10.1954, (in Mass.Foro it. 1954, n.3203), citata da L.NANNI, *op.cit*, pag. 8.

legislativa[21] rappresenta il punto di equilibrio tra due interessi contrapposti: quello a liberarsi dal vincolo contrattuale da parte del contraente non inadempiente e quello di garantire il vincolo contrattuale o, in altre parole, di impedire che un contraente possa sciogliere troppo semplicemente il contratto, ledendo l'interesse della controparte, benché inadempiente, a mantenere in piedi il rapporto obbligatorio[22].

Il bilanciamento dei due interessi avviene sul piano della gravità dell'inadempimento, ma l'art. 1455 c.c. è muto riguardo ai parametri che determinano tale caratteristica. Sono stati elaborati, allora, diversi criteri che possono essere ricompresi in due categorie: i criteri oggettivi ed i criteri soggettivi. I primi nascono, naturalmente, dall'esigenza di rendere il discrimine per la concessione del rimedio risolutorio il più obiettivo possibile, prescindendo dai mutamenti d'animo del creditore.

Il primo parametro, allora, deve essere logicamente rintracciato nella natura della prestazione, in relazione al tipo di contratto in oggetto

---

[21] Anche in questo caso il legislatore è intervenuto a posteriori a sancire, con il crisma del diritto positivo un risultato al quale, in assenza di espressa previsione nel codice civile del 1895, era arrivata la giurisprudenza in via interpretativa attraverso il principio della buona fede oggettiva, cfr. G.AULETTA, La risoluzione per inadempimento, Napoli, 1980, pag. 417.

[22] Cfr. A.DI MAJO, *La responsabilità contrattuale, cit*. pag. 171, ove si deduce, dalla molteplicità e multiformità dei criteri adottati, da un lato "*la difficoltà di racchiudere un formule operative il concetto di 'gravità' dell'inadempimento*" ma, dall'altro, la necessità di un parametro che limiti la facoltà di un contraente di sciogliere arbitrariamente il contratto, necessità avvertita anche in altri ordinamenti come quelli di Common law, laddove si prevede che debba ricorrere un *fundamental breach of contract* o quello tedesco, il quale prevede che, prima di poter sciogliere il contratto (che in Germania avviene attraverso il recesso unilaterale, § 346 ss. BGB), il contraente non inadempiente debba assegnare alla controparte un termine adeguato per l'adempimento successivo (§323 BGB) e, solo decorso inutilmente questo, potrà validamente sciogliere il vincolo contrattuale e liberarsi dalla propria obbligazione.

ed al sottostante assetto di interessi dedotto dalle parti. In base a tali dati oggettivi la valutazione può essere condotta secondo l'*id quod plerumque accidit*:[23] la media dei comportamenti tenuti in quel contesto, gli usi commerciali, la prassi negoziale potranno dare allora un metro sufficientemente affidabile. Nel quadro dello schema contrattuale, inoltre, è possibile comparare tra loro le prestazioni, verificare lo squilibrio del sinallagma generato dal mancato, inesatto o tardivo adempimento e, infine, "*effettuare una valutazione astratta di rispondenza della prestazione incompleta alla funzione per la quale è stata prevista*"[24]. In questa analisi un utile contributo è dato, inoltre, dal valore economico della prestazione inadempiuta, il quale va confrontato con il valore complessivo oggetto del contratto[25] per ricavare, dal rapporto risultante, l'entità e la consistenza dell'inadempimento.

In tale considerazione dell'inadempimento, inserito nel contesto più ampio del contratto, possono rilevare anche i casi in cui un adempimento ci sia stato, ma la prestazione non sia conforme alle previsioni contrattuali[26], oppure sia stata adempiuta la prestazione

---

[23] Cfr. G.AULETTA, *op.cit*., pag. 418.
[24] Cfr. G.SICCHIERO, *op.cit*., pag. 570.
[25] Cfr. L.NANNI, *op.cit*., pag. 9.
[26] Naturalmente anche in tale evenienza occorre dimostrare che lo scarto tra la prestazione eseguita e quella corretta sia tale da pregiudicarne l'utilizzo o il godimento da parte del creditore, ricadendo il caso contrario in un tipico esempio di inadempimento di scarsa importanza. Si può fare l'esempio dell'artista che commissioni la realizzazione di determinati manufatti funzionali alla realizzazione della sua opera (è il caso prospettato da G.SICCHIERO, *op.cit*., pag. 563): le caratteristiche di tali manufatti, anche se realizzati ad opera d'arte, possono dare luogo alla risoluzione qualora non corrispondano ai canoni estetici del progetto artistico.

principale ma non una prestazione accessoria[27]. In queste ipotesi, tuttavia, acquista maggior rilievo il criterio soggettivo.

Questo si basa, sostanzialmente, sull'interesse che il creditore ha alla prestazione, ma tale principio ha bisogno, naturalmente, di correttivi per non restare vincolato alla sua sfera individuale e discrezionale. Ne consegue la necessità che, se vi è un interesse particolare del creditore, questo venga esternato e portato alla conoscenza del debitore, in modo che sia nota a entrambe le parti l'importanza della prestazione (o di un altro elemento del contratto quale, come si è visto, una particolare qualità di un bene o di un prodotto) per le finalità che le parti perseguono con la conclusione di quel contratto.

Altro aspetto soggettivo, ritenuto a volte come fondamento della serietà dell'inadempimento, è la perdita del rapporto di fiducia tra le parti[28]: laddove, si dice, il creditore non possa più fare affidamento sul debitore, sarebbe giustificato lo scioglimento del contratto[29].

La valutazione dell'interesse del creditore alla prestazione pone un problema ulteriore nel caso in cui questi non agisca subito per far valere il proprio credito, ma attenda. Il nodo da sciogliere è il valore da

---

[27] Cfr. M.G. CUBEDDU, *op.cit.*, pag. 113.
[28] Cfr. L.NANNI, *op.cit.*, pag. 15.
[29] Questo criterio, tuttavia, sembra dare eccessiva rilevanza, da un lato, alle convinzioni e alle motivazioni del creditore, rischiando di sfociare nella discrezionalità e, dall'altro, alla condotta del debitore il quale, con il proprio persistente inadempimento, risulterebbe inaffidabile, ma ciò mal si concilia con un rimedio, quale la risoluzione, che almeno formalmente prescinde dalla colpa del contraente inadempiente. È invece espressamente previsto come motivo di risoluzione dall'art. 1564 c.c. in materia di contratto di somministrazione.

dare alla tolleranza che il creditore presti all'inadempimento. La Corte di Cassazione (Cass., sent. 18.03.2003, n. 3964[30]), a tale riguardo, ha chiarito che "*la tolleranza del creditore non può giustificare l'inadempimento, né comportare per sé stessa modificazioni alla disciplina contrattuale, non potendosi presumere una completa acquiescenza alla violazione di un obbligo contrattuale posto in essere dall'altro contraente, né un consenso alla modificazione suddetta da un comportamento equivoco come è normalmente quello di non avere preteso in passato l'osservanza dell'obbligo stesso, in quanto tale comportamento può essere ispirato da benevolenza piuttosto che essere determinato dalla volontà di modificazione del patto*".

Se, tuttavia, la tolleranza del creditore non può incidere sull'inadempimento, può al contrario avere effetto sull'apprezzamento della sua gravità. Si tratta, quindi, di stabilire quando un ritardo sia tollerabile e quando la sua tolleranza sia manifestazione di scarso interesse per la tardività della prestazione[31]. Ancora una volta, cioè, occorre introdurre una soglia che interrompa il corso uniforme del tempo

[30] Cass., sent. 18.03.2003, n. 3964, in Contratti, 2003, pag. 869 ss., con nota di S.TIKARLI.

[31] È necessario distinguere tra tollerabilità del ritardo ed effettiva tolleranza nel comportamento del creditore, come correttamente rilevato da L.NANNI, *op.cit.*, pag. 26, laddove la prima ha carattere astratto ed applicabile in generale allo schema contrattuale on esame, mentre la seconda riguarda il caso concreto, con le possibili implicazioni soggettive relative alla fattispecie esaminata dal giudice chiamato a decidere sulla risoluzione del contratto.

e stabilisca da quale momento in poi il ritardo comporti un inadempimento di non scarsa importanza.

In relazione all'individuazione di tale soglia, la giurisprudenza (Cass. sent. 2.05.2006, n. 10127[32], ma già Cass., sent. 3.06.1991, n. 6244) ha chiarito che *"accertare quando il ritardo ecceda qualsivoglia limite di tollerabilità costituisce apprezzamento discrezionale del giudice del merito, che deve essere condotto in relazione all'oggetto e alla natura del contratto, al comportamento complessivo delle parti anche posteriore alla conclusione del contratto e all'interesse dell'altro contraente; in particolare, con riferimento a tale ultimo elemento, il giudice deve accertare se il creditore abbia ancora interesse alla prestazione dopo un certo tempo, ovvero se egli sia danneggiato in modo irreparabile o rilevante dal ritardo della controparte, parzialmente o totalmente inadempiente*".

La valutazione deve cioè tenere conto di elementi sia oggettivi sia soggettivi, compenetrando l'analisi dei primi con quella dei secondi, per poi bilanciare tale risultato con l'eventuale controinteresse della controparte, se il suo comportamento può offrire elementi rilevanti (ad esempio il debitore può aver già iniziato ad eseguire la prestazione o averne fatto offerta al creditore; oppure, in senso contrario, può aver manifestato la volontà di non adempiere), come ha, anche recentemente, ribadito la Suprema Corte (Cass., sent. 18.02.2008, n. 3954[33]): "*tale*

---

[32] Cass. sent. 2.05.2006, n. 10127, Mass.Foro it., 2006, 847.

[33] Cass., sent. 18.02.2008, n. 3954, in Nuova giur.civ.comm., 2008, pag. 821 ss., con nota di S.AMRAM, negli stessi termini anche Cass. sent. 28.03.2006, n. 7083, in Rass.

valutazione viene operata alla stregua di un duplice criterio: in primo luogo, il giudice, applicando un parametro oggettivo, deve verificare che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da creare uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale; nell'applicare il criterio soggettivo, invece, il giudicante deve considerare il comportamento di entrambe le parti (un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione ad opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra) che può, in relazione alla particolarità del caso, attenuare il giudizio di gravità nonostante la rilevanza della prestazione mancata o ritardata".

Tale operazione, in ultima analisi, presuppone un certo margine di discrezionalità da parte del giudice, ma offre comunque sufficienti elementi concreti quali parametri obiettivi che consentono di individuare una soglia uniforme per le molteplici fattispecie contrattuali. In altri casi, invece, è il legislatore stesso ad aver stabilito tale soglia. L'art. 1525 c.c., ad esempio, in materia di riserva di proprietà, stabilisce che "*il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto*". La soglia è inferiore in caso di vendita a campione, laddove l'art. 1522 c.c. prevede che sia sufficiente

---

dir. economia sport, 2007, pag. 106 ss., con nota di A.COLANTUONI, Cass., sent. 07.02.2001, n. 1773.

"*qualsiasi difformità*" tra la merce consegnata ed il campione analizzato per poter risolvere il contratto[34].

In altri casi il codice introduce dei parametri di valutazione di cui il giudice deve tener conto: l'art. 1819 c.c., relativo al contratto di mutuo, prevede ad esempio la possibilità per il mutuante di sciogliere il contratto e di chiedere la restituzione di tutte le cose mutuate, anche in caso di mancato adempimento di una sola rata, ma solo laddove "*le circostanze*" rendano ciò ammissibile. Allo stesso modo, per l'art. 1497 c.c., la mancanza delle qualità promesse o essenziali del bene legittima la risoluzione, ma solo se "*il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi*"[35].

Se, in conclusione, il legislatore ha imposto un limite per poter esercitare vittoriosamente l'azione di risoluzione, e tale limite deve essere valutato alla luce della tolleranza o tollerabilità dell'inadempimento, è altrettanto vero che tale limite, nelle stesse fattispecie, non è previsto per il risarcimento del danno. Anche alla luce di queste osservazioni, dunque, il requisito ulteriore proposto dalla Suprema Corte per l'accesso alla "*tutela minima*" risarcitoria non convince del tutto.

---

[34] Ma anche questa ipotesi è moderata laddove il campione serva solo ad indicare in modo approssimativo le qualità della merce, nel qual caso occorre verificare se la difformità sia "notevole", il che richiama il concetto di gravità della disciplina generale.

[35] Per un esame approfondito delle previsioni legali di risoluzione si rinvia a G.SICCHIERO, *op.cit.*, pag. 548 ss.

(c) Le immissioni. – Il criterio della tollerabilità è posto come discrimine anche dall'art. 844 c.c. in tema di immissioni[36], laddove si stabilisce che "il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi. Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso".

In base alla disciplina delle immissioni, dunque, le tutele offerte dall'ordinamento[37] (in particolare, quella inibitoria e, con le precisazioni che verranno svolte, quella risarcitoria) sono sottoposte non ad una semplice soglia, ma ad un complesso giudizio di valutazione da parte del giudice, il quale deve prendere in considerazione una molteplicità di

---

[36] Cfr. U.MATTEI, *Immissioni*, in Dig.Priv.sez.civ. IX; V.LOJACONO, *Immissioni*, in Enc.dir. XX; A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti, cit*., pag. 88 ss.; C.SALVI, *La proprietà fondiaria*, in Trattato di diritto privato, diretto da P.RESCIGNO, La proprietà, IV, pag. 387 ss.; ID. *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979; F.NAPPI, *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli, 1985; M.COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in Trattato di diritto civile e commerciale,diretto da A.CICU-F.MESSINEO, pag. 190 ss.; G.VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, in Riv.dir.civ. 1974, pag. 681 ss.; R.PARDOLESI, *Azione reale e azione di danni nell'art. 844 c.c. Logica economica e logica giuridica nella composizione del conflitto fra usi incompatibili delle proprietà vicine* ., in Foro it., 1977, pag. 1144 ss.

[37] Si prescinde, in questa sede, dagli ulteriori problemi posti dalla disciplina in esame e, in particolare, dalle contrastanti interpretazioni riguardo alla legittimazione attiva e passiva delle azioni ai sensi dell'art. 844 c.c.. Per un loro esame più approfondito in termini di *actiones in rem* e *actiones in personam* si rinvia a A.DI MAJO, *op.ult.cit*., pag. 80 ss.; cfr. anche G..DEJANA, *Legittimazione passiva del locatore all'azione reale per le immissioni illecite prodotte dal conduttore*, in Giur.compl.Cass.civ., 1951, pag. 15 s.; M.COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit. pag. 191, in nota.

fattori. Tale procedimento è indirizzato dall'art. 844 c.c. in base a "*due criteri selettivi principali e due criteri sussidiari*"[38].

Il primo, sia in senso logico sia in ordine di precedenza, è costituito dalla "normale tollerabilità". Ancora una volta, infatti, il legislatore subordina l'accesso alla tutela o, specularmente, condiziona l'intervento dell'ordinamento, al superamento di un determinato limite e, ancora una volta, indica tale limite in termini ampi e generici, affidando al giudice del caso concreto il compito di riempire di contenuto la formula astratta della norma[39].

Il criterio da seguire, secondo l'impostazione concorde degli interpreti, non è quello individuale e personale, riferito cioè al singolo individuo che si afferma leso, che può avere sensibilità e bisogni particolari o "*valori idiosincratici*"[40], bensì quello di un uomo medio. Ciò naturalmente non vuol dire che si debba fare riferimento esclusivamente a dati e parametri oggettivi, prescindendo da elementi soggettivi[41], ma si deve evitare di scendere nella pura discrezionalità, conferendo al giudizio

---

[38] Cfr. V.LOJACONO, *op.cit*., pag. 176.

[39] La scelta normativa è criticata da V.LOJACONO, *op.cit*., pag. 170 s., che la definisce "*poco soddisfacente*" poiché consente "*assai spesso al giudice una così ampia autonomia di valutazione da far ritenere per una stessa fattispecie tutte giuridicamente non infondate decisioni sostanzialmente diverse*" e, inoltre, "*non viene specificato in alcun modo quale condotta debbano osservare gli interessati per agire in modo legittimo*".

[40] Così U.MATTEI, *op.cit*., pag. 317; nello stesso senso C.SALVI, *La proprietà fondiaria*, cit., pag. 389, il quale parla di "*reattività dell'uomo medio*", indicando con tale espressione la necessità che il giudizio della fattispecie venga svolto in chiave dinamica, tenendo conto del ripetersi del fenomeno nel corso del tempo, della sua percezione, delle sue conseguenze e, appunto, delle reazioni da parte dei vicini.

[41] Sul rapporto tra risultanze tecniche e valutazioni soggettive si tornerà a breve.

sulla tolleranza un carattere obiettivo, richiesto dalla sua necessaria "normalità".

Il carattere obiettivo è dato, inoltre, dall'ulteriore requisito che la norma impone al giudice di valutare, ovvero di calare la sua analisi nel contesto materiale in cui si trovano i luoghi ove le immissioni avvengono. La situazione cambia sensibilmente, infatti, se ci si trova in un centro abitato o in aperta campagna, se i fondi sono immersi in un paesaggio rigoglioso o dislocati in una zona industriale[42].

Laddove dalla valutazione degli indici medi, secondo cioè *l'id quod plerumque accidit*, risulti che le immissioni superano la soglia della tollerabilità, il giudice ne può ordinare la sospensione e inibire la prosecuzione[43], ma prima deve compiere un'ulteriore percorso logico. L'art. 844 c.c. impone, infatti, di contemperare la tutela della proprietà con le esigenze della produzione, ovvero con gli interessi economici, industriali e imprenditoriali.

È naturalmente il passaggio più delicato nel ragionamento del giudicante, chiamato ad un bilanciamento di interessi tanto importante quanto complesso[44]. Il confronto si sviluppa, infatti, non solo sul piano

---

[42] Lo stesso tipo di immissione, sonora, olfattiva, gassosa o altro, a parità di quantità o intensità, avrà pertanto una valutazione diversa a seconda del luogo in cui avviene: "*La soglia della normale tollerabilità si eleva con l'aumento della degradazione ambientale*", cfr. C.SALVI, *op.cit*., pag. 390.

[43] Anche in questo caso, così come si è visto per procedimenti di urgenza, anche inibitori, il limite imposto dal legislatore appare condivisibile, in ragione della peculiarità della forma di tutela apprestata.

[44] Cfr. C.SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, cit., *passim*; tale opera di bilanciamento è stata efficacemente interpretata e spiegata

del caso concreto ma anche, e soprattutto, a livello costituzionale, laddove ricevono protezione tanto la proprietà quanto l'economia, entrambe condizionatamente alla funzione sociale che svolgono all'interno dell'ordinamento e alla luce del superiore principio di solidarietà desumibile dall'art. 2 Cost.[45].

Si tratta, in ultima analisi, di eseguire un confronto tra il danno che subirebbe il fondo che subisce l'immissione se questa venisse consentita, da un lato, ed il danno che invece deriverebbe all'impresa se l'immissione venisse proibita[46]. Si dovrà perciò tenere conto, a tale fine, dell'importanza della produzione industriale dell'impresa che genera le immissioni, della possibilità di evitare le immissioni predisponendo apparecchiature più sofisticate[47] o semplicemente dell'opportunità di deviarle verso fondi che, per la loro caratteristica, sarebbero meno danneggiati (ad esempio perché adibiti a deposito, a cave o comunque

---

dagli studiosi di analisi economica del diritto in termini di costi transattivi tra *property rules* e *liability rules*, cfr. G.CALABRESI-D.MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, Harvard Law Review, 1972, pag.1089 ss.; R.COASE, *The Problem of Social Costs*, 3 J.Law Econ, 1960; cit.in U.MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987; cfr. anche A.DI MAJO, loc.*cit*.. In estrema sintesi si afferma che i diritti sono negoziabili e pertanto la facoltà che l'art. 844 c.c. lascia a un'industria di proseguire nelle immissioni intollerabili, pur pagando un indennizzo ai proprietari dei fondi limitrofi, corrisponde ad acquistare tale facoltà pagandone il relativo prezzo, ovvero l'indennizzo.

[45] Cfr. M.COMPORTI, *op.cit*,, pag. 192 ss

[46] Cfr. P.TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961, pag. 347 ss.; sul rapporto tra immissioni e responsabilità oggettiva cfr. anche G.ALPA, *Immissioni sonore, normale tollerabilità e rischio d'impresa*, in Giur.merito, 1974, pag. 11 ss.; G.VISINTINI, *op.cit*, pag. 66 s.; M.CINELLI, *Immissioni, inquinamento e responsabilità civile*, in Giur.merito, 1973, pag. 17 ss..

[47] Cfr. U.MATTEI, *op.cit*., pag. 319, secondo il quale "*l'imposizione di un obbligo di fare, vale a dire dell'obbligo di installare le tecnologie o di prendere gli altri provvedimenti necessari per ridurre l'immissione*" rappresenta "*un terzo modello rimediale che si affianca alla dicotomia inibitoria/risarcitoria*".

disabitati) per quanto riguarda il primo termine di paragone, e delle caratteristiche del fondo che le subisce, dell'interesse del proprietario e dell'uso che fa del fondo: l'incidenza delle immissioni varia, infatti, a seconda se vi sia un'abitazione, un'altra impresa o, ad esempio, dei campi sportivi[48].

Infine, quale ultimo parametro, si dovrà tenere conto della "priorità di un determinato uso", ovvero della precedenza, in ordine temporale, che l'attività produttrice di immissioni ha rispetto alla presenza del soggetto che le riceve: se, in altre parole, un soggetto si trasferisce o inizia una determinata attività su un terreno quando, sul fondo attiguo, già da tempo è operativa un'industria che produce esalazioni, si ritiene che il soggetto arrivato successivamente sia consapevole delle condizioni dei luoghi e quindi consapevolmente, trasferendovisi, le abbia accettate.

Laddove, dunque, l'esito del bilanciamento degli interessi porti ad una prevalenza della produzione industriale e delle ragioni dell'economia sugli interessi del proprietario del fondo attiguo, la conseguenza giuridica

---

[48]È questo il caso, ad esempio, deciso da Cass. sent.31.01.2166, n. 2166, in Arch.locazioni, 2006, pag. 407 ss., in Riv.giur.ambiente, 2006, pag. 684 ss., secondo la quale *"la concreta valutazione di ormai diffuse abitudini di vita e comportamenti sociali, nell'ambito dei quali lo svolgimento delle suddette attività* [sportive], *prevalentemente praticate all'aria, è notoriamente più intenso durante le stagioni caratterizzate da un maggior numero di ore di luce e dal clima più favorevole; pertanto il limite di normale tollerabilità delle immissioni non può essere dal giudice determinato in termini assolutamente avulsi dalla considerazione delle suesposte componenti, trattandosi di elementi intrinsecamente connotanti la liceità delle forme di godimento della proprietà, da valutarsi sullo sfondo del particolare contesto ambientale e sociale nel quale le opposte esigenze assumono rilievo".*

sarà che le immissioni, benché intollerabili, non potranno essere inibite. Il proprietario del fondo immesso, tuttavia, avrà diritto a percepire un'indennità[49].

La soglia per l'accesso alla tutela inibitoria, pertanto, ai sensi dell'art. 844, comma 2, c.c. è ulteriormente elevata in ragione delle esigenze dell'impresa. Ma in questo caso non si tratta tanto di un requisito ulteriore che la legge richiede per concedere un determinato tipo di tutela (in questo caso, la tutela inibitoria): se le immissioni non superano la normale tollerabilità o se, anche superandola, sono ammesse dal giudizio comparativo degli interessi coinvolti, allora tali immissioni non avranno il carattere dell'antigiuridicità e, pertanto, saranno del tutto lecite[50].

Il problema delle soglie, in punto di tollerabilità delle immissioni, ha poi acquisito portata sempre più vasta man mano che si è sviluppata nel corso degli anni, nella coscienza sociale e, parallelamente, nella

---

[49] La misura dell'indennizzo è stabilita dalla giurisprudenza consolidata in base alla diminuzione patrimoniale del valore del fondo a causa delle immissioni, parametro che poi, a seconda dei casi, può essere considerato in maniera più rigida o riadattato in base ad altri elementi anche attraverso l'equo apprezzamento; cfr. Cass. sent. 6.06.2000, n. 7545; Cass. sent. 29.11.1999, n. 13334, in Giust. civ., 2000, I, 339, con nota di TRIOLA, in Danno e resp., 2000, 636, con nota di LAGHEZZA; per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Montepulciano, 26.02.2007, in Riv. giur. ambiente, 2007, 857; App. Perugia, 20.01.1997, in Rass. giur. umbra, 1997, 343; in termini differenti cfr. Cass., sent. 5.08.1992, n. 9298, in Arch.civ. 1993, pag. 157 ss.: "*L'indennizzo spettante al proprietario del fondo danneggiato dalle immissioni in alienum di cui all'art. 844 c.c., deve essere determinato, quando il bene è goduto direttamente dallo stesso proprietario, in modo da comprendervi la riparazione del danno derivato dalla minore o impossibile utilizzazione del bene che può essere fatta ed avendo riguardo alla naturale destinazione originaria di questo, alle possibili modalità di godimento del proprietario, nonché alla maggiore o minore prevedibile durata delle immissioni*".

[50] Cfr. in questo senso C.SALVI, *op.cit., passim*.

legislazione speciale, la consapevolezza della necessità di una regolamentazione chiara e precisa delle emissioni di qualsiasi tipo che possano essere dannose per le persone e per l'ambiente[51].

Tutte le discipline di settore hanno, infatti, affrontato la materia attraverso la previsione di soglie che stabilissero un limite al di sotto del quale le emissioni sono da ritenersi ammissibili. Al rispetto delle soglie così stabilite sono connesse conseguenze giuridiche, principalmente nell'ambito del diritto amministrativo (concessione di licenze, installazione di ripetitori, etc.).

La giurisprudenza, a tale riguardo, ha costantemente rilevato come "*le leggi e i regolamenti che disciplinano le attività produttive e che fissano modalità di rilevamento dei rumori ed i limiti massimi di tollerabilità in materia di immissioni perseguono interessi pubblici, disciplinando, in via generale ed assoluta i livelli di accettabilità delle immissioni al fine di assicurare alla collettività il rispetto di livelli minimi… Ciò significa che il superamento di tali livelli è senz'altro illecito, mentre l'eventuale non superamento non può considerarsi senz'altro lecito, dovendo il giudizio sulla loro tollerabilità essere effettuato alla stregua dei principi stabiliti dall'art. 844 cod.civ*." (Cass. sent. 25.01.2006, n. 1418). I criteri a carattere amministrativo non sono

[51] Cfr. ad esempio la risalente L. 13.07.1966, n. 615 contro l'inquinamento atmosferico,, la L. 26.10.1995, n. 447 in tema di inquinamento acustico, la L. 22.02.2001 in materia di inquinamento elettrico, magnetico e elettromagnetico e, recentemente, il D.Lgs. 3.04.2006, n. 152, il c.d. codice dell'ambiente.

pertanto applicabili alla soglia della "normale tollerabilità" stabilita dall'art. 844 c.c., laddove questa può essere individuata, nel caso concreto, anche al di sotto dei limiti stabiliti da norme di diritto pubblico, secondo il prudente apprezzamento del giudice[52].

La normativa di stampo pubblicistico avrebbe, cioè, esclusivamente il "*valore di impedire che possa essere tenuta una condotta che vi contrasti*", e non "*di rendere per sé lecita la condotta che vi si uniformi*" (Cass. sent. 23.01.2007, n. 1391[53]).

Si tratta, ora, di verificare l'applicazione dei criteri appena analizzati alla tutela risarcitoria. L'art. 844 c.c., infatti, è norma posta a tutela della proprietà fondiaria, regola conflitti tra fondi contigui e disciplina i criteri secondo i quali stabilire i limiti tra gli interessi dell'uno e quelli dell'altro. In questo ambito si inserisce l'obbligo di indennizzo che, corrispettivamente, è valutato, con i correttivi indicati dalla giurisprudenza, in base ai criteri della proprietà fondiaria.

Su tutt'altro piano si pone, invece, la tutela della persona che quelle immissioni subisce, e dell'ambiente nel quale quelle emanazioni si

---

[52] Cass. sent. 25.01.2006, n. 1418; nello stesso senso Cass. Sent. 27.01.2993, n. 1151, in Giust.civ. 2003, pag. 2770 ss., in Riv.giur.edilizia, 2003, pag. 707 ss., con nota di S.CIMINI, in materia di inquinamento acustico; conformi anche Cass. sent. 25.08.2005, n. 17281; Cass. sent. 29.04.2002, n. 6223 e, in epoca più risalente, Cass. Sent. 12.03.1987, n. 2580.

[53] Cass.sent. 27.07.2000, n. 9893, in Foro it. 2001, pag. 141 ss., con nota di R.FALCO. Si è registrato recentemente, tuttavia, un orientamento di senso radicalmente opposto, secondo il quale l'illiceità del comportamento generatore delle immissioni sarebe "*individuabile soltanto nell'ipotesi di superamento dei limiti di immissionie previsti dalla normativa vigente*"Cass. sent. 23.01.2007, n. 1391, in Foro it. 2007, pag. 2124 ss., con nota di F.MATTASSOGLIO

disperdono. La distinzione è stata chiarita già dalla risalente pronuncia della Corte Costituzionale (C.Cost. 23.07.1974, n. 247[54]), secondo la quale la disciplina dell'art. 844 c.c. non riguarda (e pertanto non esclude) *"la protezione di interessi diversi eventualmente spettanti anche ad altre persone o ad intere collettività*", per le quali "*resta salva in ogni caso l'applicabilità dell'articolo 2043"* ed è stata seguita pacificamente dalla giurisprudenza di legittimità[55].

Resta allora da vedere, ai fini della presente indagine, se e in che misura le soglie previste dall'art. 844 c.c. possano valere ai fini del risarcimento del danno. A tale riguardo è stata, da un lato, sostenuta "*l'identità dei presupposti per questo tipo di tutela risarcitoria e la tutela inibitoria*"[56] e, dall'altro, che "*la legittimità di un atto non impedisce necessariamente che il danno prodotto da un atto lecito venga risarcito…se irreversibili motivi di solidarietà impongono oggi un obbligo di tolleranza, gli stessi motivi di solidarietà esigono pure che il*

---

[54] C.Cost. 23.07.1974, n. 247, in Giur.cost. 1974, pag. 2371 ss.

[55] Cfr., più recentemente, Cass., sent. 6.06.2000, n. 7545, secondo la quale "*la domanda di indennizzo per il diminuito valore del fondo a causa delle immissioni eccedenti la normale tollerabilità è del tutto diversa da quella di risarcimento dei danni derivanti dalle stesse immissioni, poiché, mentre la prima, fondata sull'art. 844 c.c., ha natura reale e mira al conseguimento di un indennizzo da attività lecita, che compensi il pregiudizio subito dal fondo a causa delle immissioni, la seconda fondata sull'art. 2043 c.c., ha natura personale, essendo volta a risarcire il proprietario del fondo vicino dei danni arrecatigli dalle immissioni, sotto tale profilo considerato come fatto illecito*". In dottrina cfr. su tutti S.RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in Quad.fiorentini, 1976-77, pag. 898 ss.

[56] U.MATTEI, *op.cit*., pag. 320, il quale rileva criticamente che "*la dottrina e la giurisprudenza italiane, tuttavia, troppo legate alla tradizione aquiliana, cadono sovente nell'errore di indagare sull'ingiustizia del danno ex art. 2043 per decidere intorno alla concessione del rimedio risarcitorio*".

danno ricevuto da chi ha sopportato la lesione del proprio diritto venga indennizzato"[57].

Ma se, in ultima analisi, i rimedi disciplinati dall'art. 844 c.c. riguardano, come si è visto, la tutela della proprietà, non si vede perché i requisiti previsti per quella debbano valere per la diversa tutela della persona che venga danneggiata dalle immissioni. Peraltro, in relazione al danno ad esempio alla salute, ed alla sua copertura costituzionale garantita dall'art. 32 Cost., appare squilibrato un giudizio di bilanciamento con le ragioni dell'economia previsto dall'art. 844, comma 2, c.c.[58].

Anche in questo caso, dunque, la tutela risarcitoria sembra refrattaria a limitazioni e condizionamenti, pur in presenza di disposizioni legislative che consentono determinati comportamenti e, pertanto, sembrano eliminare il carattere di antigiuridicità alla condotta lesiva. Si preferisce, cioè, porre attenzione al ricorrere dei presupposti dell'art. 2043 c.c. i quali, in caso di danno alla salute, sembrano prevalere anche su eventuali autorizzazioni legali o amministrative[59].

---

[57] Cfr. V.LOJACONO, *op.cit*., pag. 176.

[58] Per un'applicazione diretta (senza la mediazione dell'art. 844 c.c.) in tema di immissioni sonore, cfr. Trib. Roma, ord. 30.12.1999, in Corr.giur. 2000, pag. 673 ss., con nota di M.PACIFICO.

[59] Recentemente, anzi, è stato confermato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, al superamento dei limiti legali delle immissioni, il danno sarebbe *in re ipsa*, anche per ciò che riguarda il danno non patrimoniale; cfr. Cass. sent. 13.03.2007, n. 5844, in Foro it. 2008, pag. 241 ss., con nota di A.PALMIERI.

2.2.3. *La soglia come limite dell'ingiustizia.* – Anche laddove vi sia la possibilità di considerare in astratto (o in forza di fonti eteronome) un comportamento non antigiuridico, come nel caso di immissioni contenute entro la soglia dei limiti legali, la forza pervasiva della tutela risarcitoria appare prevalente, risultando assorbente il carattere *contra ius* della condotta su quello *non iure*[60].

Eppure proprio sul piano dell'ingiustizia del danno sembra più concreta la possibilità di stabilire una soglia discriminante della risarcibilità del danno. Sono le stesse parole delle Sezioni Unite, laddove richiedono che il danno superi una certa soglia di offensività, a suggerire che il limite della rilevanza del danno debba essere ricercato sul piano dell'ingiustizia: al di sotto di tale soglia, in alte parole, il comportamento lesivo non sarebbe illecito e l'eventuale danno non sarebbe ingiusto.

Si tratta, allora, di prescindere dall'affermazione della Suprema Corte secondo la quale il grado di offensività costituirebbe "*un ulteriore requisito*" necessario ai fini del risarcimento del danno ed analizzare, al contrario, il problema dell'offensività all'interno del danno ingiusto. Se,

---

[60] Per un'ampia ed approfondita analisi del rapporto tra antigiuridicità e responsabilità aquiliana cfr. F.PIRAINO, *"Ingiustizia del danno" e antigiuridicità*, in Europa e dir.priv. 2005, pag. 703 ss., ove si contesta che l'antigiuridicità costituisca un elemento della fattispecie dell'illecito aquiliano, argomentando sia dal dato letterale della norma, laddove l'art. 2043 c.c. attribuisce la qualifica di "ingiusto" al danno e non al comportamento, sia da considerazioni di sistema, in base alle quali un giudizio sul comportamento o, meglio, sulla violazione di regole di comportamento, potrebbe avere rilevanza civilistica solo laddove ci si trovasse in un sistema caratterizzato dalla tipicità (come avviene in ambito penale ma non in relazione alla responsabilità aquiliana).
In caso di immissioni tollerabili o intollerabili consentite e in ipotesi simili si potrebbe invece parlare di una causa di giustificazione, op.cit., pag. 763 ss..

in altri termini, il danno lamentato è futile, non potrebbe costituire un danno ingiusto.

Tale ricostruzione, sebbene suggestiva, non convince del tutto. Il punto di partenza potrebbe evocare scenari di diritto penale, laddove il principio di offensività è alla base della concezione c.d. "realistica" o "necessariamente lesiva" del reato[61], secondo la quale la tipicità del fatto è strettamente legata all'offesa del bene tutelato e, pertanto, non sarebbe possibile configurare un reato in assenza di tale lesione (*nullum crimen sine iniuria*): l'offesa è "*elemento costitutivo del reato accanto agli altri elementi costitutivi della fattispecie*"[62].

Tuttavia la rilevanza dell'offensività è perfettamente comprensibile e fondata in un ambito, come quello penalistico, in cui la reazione dell'ordinamento è la sanzione a determinati comportamenti, per cui, si dice, non è sufficiente il mero comportamento, ma occorre anche l'offesa, soprattutto in considerazione delle conseguenze a cui l'autore del fatto va incontro[63]. Nell'ambito della responsabilità aquiliana, al

---

[61] Cfr. F.MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2007, pag. 179 ss.; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2004, pag. 160 ss.; G.NEPPI MODONA, *Reato impossibile*, in Digesto Pen. XI.

[62] Cfr. F.MANTOVANI, *op.cit.*, pag. 180 ss.. In conseguenza di tale principio non si avrebbe reato laddove la condotta, benché astrattamente idonea a configurare un reato, non sia in concreto idonea a ledere alcun bene tutelato dall'ordinamento. Fondamento positivo di tale principio si rinviene, da un lato, nella carta costituzionale, la quale offre il catalogo dei beni costituzionalmente rilevanti o, più correttamente, consente di individuare i beni tutelati attraverso la "*non incompatibilità costituzionale dei beni*" stessi e, dall'altro, dall'art. 49, comma 2, c.p. che prevede, appunto, la fattispecie del reato impossibile.

[63] Anche in diritto penale, peraltro, è stato studiato il criterio delle soglie e, in particolare, è stato applicato proprio ai reati c.d. bagattellari, laddove il discrimine è

contrario, il comportamento non è parte della fattispecie[64], mentre l'offesa, ovvero l'*iniuria*, ne è elemento fondamentale.

Se, dunque, l'offesa, intesa come lesione di un interesse soggettivo giuridicamente protetto, è il fondamento della responsabilità, si danno solo due possibilità: o la lesione dell'interesse protetto vi è stata, e allora deve essere risarcita secondo le disposizioni degli artt. 1223 ss., oppure non vi è stata, e allora non vi è responsabilità. Ragionando in senso opposto si otterrebbero conseguenze poco condivisibili. Una spinta che non faccia cadere, un piede che viene pestato o un rimprovero veemente possono rientrare tra danni c.d. bagattellari. Se si ammettesse che in tutti questi casi non vi è danno ingiusto, ne deriverebbe la piena ammissibilità di quei comportamenti che, anzi, sarebbero esenti anche dalla valutazione di antigiuridicità[65]. Ma non solo si tratterebbe, comunque, di lesioni all'integrità psicofisiche, sarebbe viepiù difficile, infatti, definire legittimo il comportamento di chi va in giro a pestare i piedi alle persone, solo perché le conseguenze dannose non sarebbero rilevanti.

---

costituito dalla "particolare tenuità" del fatto. L'art. 34, D.Lgs. 28.08.2000, n. 274, che regola la competenza penale del Giudice di Pace, prevede l'archiviazione per non luogo a procedere in caso di fatto di particolare tenuità, sempre che non ci sia un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. Analoga disposizione è prevista dall'art. 27 D.P.R. 22.09.1988, n. 448 sul processo penale a carico dei minorenni.

[64] Cfr. F.PIRAINO, *op.cit.*, pag. 721 ss.

[65] Se viene contestato il ragionamento che fa derivare l'ingiustizia del danno dall'antigiuridicità del comportamento lesivo, viene invece ammesso l'opposto, ovvero che un comportamento venga considerato antigiuridico perché causa di un danno ingiusto, cfr. C.CASTRONOVO, *Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana*, Europa e dir.priv. 1999, pag. 456 ss.

In vizio del ragionamento è proprio in questo passaggio: se si valutasse l'ingiustizia del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. dall'intensità dell'offesa, si collegherebbe la responsabilità non all'evento di danno, bensì alle sue conseguenze le quali, invece, attengono al danno risarcibile *ex* art. 1223 ss. c.c.

2.2.4. *Prospettive di diritto privato europeo*. – La medesima problematica si è posta anche negli altri paesi europei di diritto codificato e può trovare ora una proficua collocazione all'interno degli studi volti ad individuare gli elementi comuni, in tema di responsabilità extracontrattuale, tra i diversi ordinamenti dell'Unione Europea[66].

(a) L'esperienza tedesca. - In Germania, come si è già accennato, la materia è stata oggetto di un ampio ripensamento, frutto di accesi dibattiti e sfociato nella legge di riforma della disciplina del risarcimento del danno (*Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*)[67]. In particolare è stato ampliato l'ambito della risarcibilità

[66] Ci si riferisce, in particolare, allo *Study Group on a European Civil Code*, presieduto da CHRISTIAN VON BAR ed ai *Principles of European Tort Law*. Cfr. G.BARRETT-L.BERNARDEAU (a cura di), *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, Trier, 2002, e A.HARTKAMP (e altri, a cura di), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004.

[67] Legge del 19.07.2002, BGBl. I 2674, entrata in vigore in data 1.08.2002. Per una più approfondita analisi della riforma si rinvia a G.WAGNER, Das *Zweite Schadensersatzrechtsänderugsgesetz*, in NJW 2002, pag. 2049 ss.; L.JAEGER-J.LUCKEY, *Das neue Schuldrecht*, Münster 2002; E.DEUTSCH, in JZ 2002, pag. 588 ss.; FREISE, in VersR 2001, pag. 539 ss.; KARCZEWSKI, in VersR 2001, pag. 1070 ss.; OTTO, in NZV2001, pag. 335 ss.; C.V BAR, *Das Schadensersatzrecht nach dem Zweiten Schadensersatzrechtsänderugsgesetz*, in E.LORENZ (a cura di), Karlsruher Forum 2003, Karlsruhe, 2004, pag. 7 ss.; U.DIEDERICHSEN, *Neues Schadensersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung*, in VersR 2005, pag. 433 ss.; C.KATZENMEIER, *Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld*, in JZ 2002, pag. 1029 ss.

del danno non patrimoniale, poiché la relativa disposizione (che prevedeva la risarcibilità del c.d. *Schmerzensgeld*) è stata spostata dalla sede precedente, ovvero il § 847 BGB (all'interno della responsabilità aquiliana) alla parte generale delle obbligazioni (che, come si è visto, disciplina in via generale e comune alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale l'obbligazione risarcitoria), ovvero al § 253, comma 2, BGB[68].

Il disegno di legge, originariamente, prevedeva anche l'introduzione, nel medesimo articolo, di un terzo comma relativo alla c.d. *Bagatellschwelle* (soglia bagattellare), che stabiliva che il danno non patrimoniale venisse risarcito solo ove la lesione fosse inferta intenzionalmente o il danno, in considerazione del tipo e della durata, non fosse irrilevante ("*wenn di Verletzung vorsätzlich herbeigeführt wurde oder der Schaden, unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer, nicht unerheblich ist*[69]"). Con particolare coincidenza di termini si tentava di risolvere in via legislativa il problema, affrontato ora in Italia dalla Cassazione a Sezioni Unite, della rilevanza del danno. La soluzione proposta, tuttavia, non dava indicazioni particolari circa le caratteristiche

[68] In base a tale norma, laddove si agisca per il risarcimento del danno, in caso di lesione al corpo, alla salute, di violazione della libertà o della autodeterminazione della sfera sessuale, si può chiedere anche un equo indennizzo in denaro per il danno non patrimoniale sofferto.
[69] Cfr. BT-Dr. 14/7752, pag. 6.

che dovesse avere il danno per far scaturire una pretesa risarcitoria, bensì si dava solo la generica indicazione di "non irrilevanza"[70].

Nella versione definitiva del testo della riforma, tuttavia, tale norma è stata soppressa[71]. La decisione è stata motivata con l'argomentazione che, già sotto la vigenza del precedente § 847 BGB sullo *Schmerzensgeld*, la giurisprudenza aveva raggiunto un adeguato equilibrio nella determinazione e liquidazione dei danni non patrimoniali, per cui un'ulteriore precisazione normativa sarebbe stata, se non altro, superflua[72]. Si è inteso, anzi, incoraggiare i tribunali di merito a proseguire sulla via intrapresa ed a sviluppare le analisi ed i criteri limitativi del risarcimento del danno per i casi di scarsa entità[73].

Il cardine della disciplina resta, pertanto, la "*billige Entschädigung*", ovvero l'indennizzo in denaro stabilito equitativamente

---

[70] Tale dicitura, affine a quella, sopra analizzata, usata dal legislatore italiano all'art. 1455 c.c. in tema di risoluzione per inadempimento, era stata mutuata dal § 84 AMG, ovvero dalla legge sui trattamenti medici. Uno dei casi che veniva portato ad esempio era quello delle micro-lesioni alla colonna vertebrale in seguito ad incidenti automobilistici di lieve entità, cfr. G.WAGNER, *op.ult.cit*. pag. 2056; G.SCHIEMANN, § *253 BGB*, in Staudingers Kommentar zum BGB, Berlin 2005, pag. 282.

[71] L'eliminazione della soglia bagattellare dalla disciplina del risarcimento del danno è stata polemicamente vista come un'influenza sul governo da parte delle associazioni portatrici degli interessi dei consumatori, degli automobilisti e degli avvocati le quali, tuttavia, non avrebbero considerato il fatto che, nel campo della circolazione stradale, i costi degli eventuali risarcimenti di danni bagattellari ricadranno comunque sugli automobilisti attraverso l'incremento dei premi delle assicurazioni RC auto, cfr. G.WAGNER, *loc. cit*. Per una panoramica più ampia del dibattito sulla opportunità di una espressa previsione normativa cfr. C.KATZENMEIER, *op.cit*., pag. 1034, e la bibliografia ivi citata.

[72] Cfr. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, in BT-Dr. 14/8780, pag. 20 s., C.KATZENMEIER, *loc.cit*.; G.SCHIEMANN, *loc.cit*.; H.OEKTER, *§ 253 BGB*, in Münchener Kommentar zum BGB, München 2007, pag. 482 s..

[73] Si tratta, in ultima analisi, di un compromesso tra le esigenze di tutela rivendicate dai soggetti potenziali danneggiati e le esigenze deflattive, di politica giuridica, di disincentivare il ricorso alla giustizia per pretese irrisorie, cfr. B.STICKELBROCK, JZ 2002, pag. 634 ss.; C.KATZENMEIER, ZZP 2002, pag. 57 s., 86 ss.

secondo l'apprezzamento del giudice[74]. Se, in altre parole, il tribunale del merito può stabilire secondo il proprio prudente avviso l'entità dell'importo da liquidare a titolo di indennizzo per il danno non patrimoniale lamentato, ben potrà il giudice stabilire che tale ammontare sia pari a zero, laddove non ritenga necessario né opportuno accogliere la richiesta della parte che si assume danneggiata. Il confine della tutela risarcitoria, in questo caso, sembra pertanto scivolare ulteriormente verso il basso, fino all'ultimo gradino della liquidazione della somma dovuta[75].

Tuttavia l'apprezzamento del giudice non può dipendere dal suo mero arbitrio: deve tenere conto di un'ampia serie di parametri, quali la natura, l'intensità e la durata della lesione subita, l'età, la professione e le condizioni di vita del danneggiato, ed inoltre il grado di responsabilità del danneggiante e le sue eventuali condizioni personali[76]. Tale percorso è poi supportato dalle c.d. *Schmerzensgeldtabellen*, ovvero dei prospetti che riportano una completa casistica delle pronunce dei tribunali di merito raccogliendo, in particolare, gli importi liquidati e le circostanze ricorrenti dei casi concreti[77]. Naturalmente si precisa che le tabelle non

---

[74] Tale norma trova il suo corrispettivo anche sul piano processuale, il § 287 ZPO stabilisce che la determinazione dell'indennizzo viene stabilita dal Tribunale "*unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung*".

[75] Cfr. in questo senso, criticamente, C.KATZENMEIER, *Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld, cit.,* pag. 1034, il quale ritiene che la decisione equitativa debba riguardare più il quantum che l'an del danno risarcibile.

[76] Cfr. G.SCHIEMANN, *op.cit.* pag. 286 s. H.OEKTER, *op.cit*., pag. 484 ss.

[77] In particolare trovano il maggior riscontro quelle predisposte da HACKS-RING-BÖHM, ADAC-*Handbuch Schmerzensgeldbeträge*, Libro con CD-ROM, 24° ed. 2004; SLIZYK-SCHLINDWEIN, IMMDAT, *Die Schmerzensgeld-Datenbank*, CD-ROM con manuale).

hanno valore vincolante, ma servono come indicatori di riferimento nell'articolato processo di valutazione appena descritto. Nell'ordinamento tedesco, pertanto, il problema della determinazione quantitativa del danno e, in particolare, la decisione sul risarcimento del danno non patrimoniale è affidata ad un'opera di bilanciamento di tutti gli interessi e le circostanze rilevanti nel caso concreto ad opera del tribunale, che viene visto come il soggetto più adatto per individuare quella soglia di rilevanza del danno, indispensabile per filtrare, se non arginare, il possibile eccesso di pretese risarcitorie per pregiudizi che rientrano nella ordinaria tollerabilità del vivere comune.

A fronte della scelta del legislatore, che scegliendo di non intervenire in questo ambito ha consacrato il quadro descritto, da un lato stanno valutazioni di politica giuridica ed amministrazione della giustizia ma, dall'altro, non sembra vi sia stata una più profonda considerazione della valenza dogmatica e sistematica, prima ancora che pratica, della soglia di rilevanza del danno, risolvendosi il tutto in quella "*Billigkeit*" che, sebbene vincolata da una seria considerazione di tutti gli elementi della fattispecie, resta comunque inevitabilmente relegata al singolo caso concreto.

(b) L'esperienza francese. – Un'impostazione analoga viene adottata in ambito francese, sebbene la diversità di disciplina abbia

---

Per una più estesa analisi della prassi dei tribunali di merito cfr. H.J.MUSIELAK, VersR 1982, pag. 613 ss.

portato ad uno sviluppo diverso del danno non patrimoniale. Come si è visto, infatti, l'art. 1382 code civil parla semplicemente di *dommage*, senza fare alcuna distinzione tra *dommage* (o *préjudice*) *économique* e *dommage* (o *préjudice*) *moral* [78].

Si è potuta sviluppare, pertanto, all'interno della categoria di *dommage moral*, un'ampia quanto articolata casistica di voci di danno[79]: dal tradizionale *pretium doloris*, corrispondente alle sofferenze patite in seguito ad una lesione, al *préjudice ésthétique*, dal *préjudice physiologique* o *fonctionnel*, consistente nella diminuzione della capacità fisica di un individuo, fino al *préjudice d'agrément*, che si riferisce all'insieme delle attività svolte dalla vittima prima della lesione subita e che, in seguito a quella, non potrà più svolgere, per concludere con il *préjudice d'affection*, subito dai congiunti della vittima deceduta o gravemente lesa.

A fronte della diffusa diffidenza nutrita dagli ordinamenti continentali nei confronti delle categorie di danno che non abbiano carattere economico, colpisce in senso contrario la varietà e quantità di "capi" ritenuti risarcibili nell'esperienza francese. In particolare, il danno

---

[78] Cfr. H.-L. MAZEAUD- A.TUNC- F.CHABAS, *Léçons de droit civil. Obligations : Théorie générale*, Paris, 1985, pag. 405 ss.

[79] Cfr. G.VINEY-P.JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilità*, in Traité de droit civil, sous la direction de J.GHESTIN, Paris, 2006, pag. 46 ss. Dove si riferisce criticamente non solo dell'ampia concezione del danno adottata dalla giurisprudenza, ma anche della sua tendenza a concedere generosamente il risarcimento del danno alle vittime che agiscono in giudizio lamentando la lesione a interessi non patrimoniali, tanto che "*le droit français apparaît aujourd'hui comme l'un des plus généreux du monde*", come anche rilevato da H.MCGREGOR, *Personal Injury and death* in International Encyclopedia of Comparative Law, XI, Torts, Tübingen, 1972.

definito *préjudice d'agrément* ha subito un'evoluzione che ha riguardato non solo le fattispecie in cui è stato ritenuto risarcibile, ma la sua stessa nozione[80].

Originariamente, infatti, sotto tale voce di danno era risarcito il pregiudizio lamentato poiché, in seguito alla lesione subita, non si poteva più praticare uno sport o un'arte in cui si era raggiunta precedentemente una certa rilevante competenza. Successivamente si è esteso l'ambito di applicazione del *préjudice d'agrément* a tutte le attività praticate nel tempo libero[81], fino a configurarlo per la perdita di qualunque attività, di qualsiasi natura, che procurasse soddisfazione al soggetto danneggiato[82]. Il concetto è stato, infine, esteso ulteriormente, fino a rappresentare "*la diminution des plaisirs de la vie causée notamment par l'impossibilité ou la difficulté de se livrer à des activités normales d'agrément* "[83].

Un simile quadro è stato naturalmente oggetto di critiche e di proposte di riforma che ne hanno messo in evidenza l'eccessivo favore nei confronti dei soggetti danneggiati e, in particolare, il rischio di

---

[80] Cfr. G.VINEY-P.JOURDAIN, *op.cit*., pag. 52 ss.; G.VINEY, *Les obligations,. La responsabilité : effets*, in Traité de droit civil, sous la direction de J.GHESTIN, Paris, 1988 , pag. 195 ss.; L.CADIET, *Le préjudice d'agrément*, Poitiers, 1983; M.LE ROY, *La réparation des dommages en cas de lésions corproelles : préjudice d'agrément et préjudice économique*, D. 1979, pag. 49 ss.; M.DANGIBEAUD-M.RUAULT, *Les désagréments du préjudice d'agrément*, D. 1981, pag. 157 ss. ; L.MELENNEC, *L'indemnisation du préjudice d'agrément*, Gaz.Pal. 1976, pag. 581 ss. ; R.VASSAS, *Le préjudice d'agrément*, Gaz.Pal. 1961, pag. 460 ss.; R.BARROT, *De la responsabilité à l'indemnisation du préjudice corporel*, Gaz.Pal. 1982, pag. 310 ss.

[81] Cfr. G.VINEY, *op.ult.cit*., pag. 196 ; L.CADIET, *op.cit*., pag. 23 ss.

[82] Cfr. G.VINEY-P.JOURDAIN, *op.cit*., pag. 52; Y.LAMBERT-FAIVRE-S.PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Paris, 2008, pag. 142 ss.

[83] La definizione, data dalla Cour de Paris 2.12.1977, in D. 1978, pag. 285 ss., è riportata da G.VINEY-P.JOURDAIN, *op.cit*., pag. 52.

duplicazioni[84], ma il sistema, nonostante l'impostazione liberale che ne dà la giurisprudenza, sembra comunque tenere[85].

Per quanto riguarda gli aspetti più delicati della risarciblità dei danni non patrimoniali, infatti, i tribunali hanno sviluppato tecniche e parametri che consentono di garantire una tutela effettiva e ragionevole. Anche in Francia hanno trovato applicazione, in particolare, dei metodi tabellari, che i singoli tribunali elaborano per garantire uniformità di valutazione nella liquidazione del risarcimento del danno[86].

Più di una soluzione, inoltre, è stata trovata per risolvere i casi, oggetto della presente analisi, in cui il danno lamentato risulta lieve, futile o comunque di scarsa importanza. Se, infatti, in termini generali e astratti la giurisprudenza "*ne formule généralement aucune exigence*

---

[84] Cfr. Su tutti A.TUNC, *La sécurité routière*, Paris, 1966, ID. *Sur un projet de loi en matière d'accidents de la circulation*, Rev.trim.droit civil 1967, pag. 82. ss.; ID. *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Paris, 1981, il quale proponeva un raggruppamento delle diverse voci di danno nell'unica categoria di "*préjudice physiologique*".
In altra direzione si sono mossi coloro che hanno suggerito di interpretare la molteplicità di voci di danno risarcibile nell'ottica di una pena privata, cfr. S.CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privé*, Paris, 1998 ; J.DUPICHOT, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Paris, 1969; B.STARK, *La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privé*, Paris, 1947.

[85] A dimostrazione della funzionalità dell'equilibrio raggiunto dalle corti francesi si può osservare come né la legge 27.12.1973 né la legge 5.06.1985 che l'ha sostituita (c.d. legge Badinter) hanno ritenuto opportuno introdurre criteri normativi tali da ridisegnare la disciplina del risarcimento del danno.

[86] Sul problema, naturalmente evidente anche in Francia, di dover trasporre in termini meramente economici aspetti che, di per sé, sono insuscettibili di valutazione monetaria, quali appunto la sofferenza, il dolore, la frustrazione, l'ansia, la perdita di capacità o qualità fisiche o di possibilità di praticare attività di qualsiasi tipo, cfr. P.ESMEIN, *La "commercialisation" du dommage moral*, D. 1954, pag. 113 ss.; in termini critici circa i metodi tabellari, cfr. G.VINEY, *op.cit.*, pag. 206 s., secondo la quale la mancanza di criteri uniformi per tutte le corti nazionali porta ad una situazione di incertezza e di arbitrarietà.

quant à l'importance ou à la gravité intrinsèque du dommage invoqué"[87], nei singoli casi concreti i giudici, nonostante la descritta attitudine generosa nei confronti dei soggetti danneggiati, pongono sovente una soglia di rilevanza del danno. Tale limite consiste nella misura in cui una certa "dannosità" sia connaturata al vivere sociale, per cui un danno può essere risarcito solo laddove sia "*anormal*"[88]. Al di sotto di questa soglia si afferma che il danno lamentato sia "*insignifiant*" o che non si tratti di un "*préjudice véritable*"[89].

In altri casi, invece, nei quali un soggetto lamenti un sentimento di frustrazione derivante, ad esempio, dall'inadempimento di un'obbligazione contrattuale che non abbia portato a conseguenza patrimoniali, o da turbamenti e disagi sul posto di lavoro, oppure ancora dalla perdita di un bene a cui si era affezionati o dall'ansia nell'aver sentito una notizia poi rivelatasi falsa, i tribunali concedono, in astratto, il risarcimento del danno, ma limitano la condanna ad una somma meramente simbolica (ad esempio un solo franco o un euro)[90].

---

[87] Cfr. G.VINEY-P-JOURDAIN, *op.cit*., pag. 13.
[88] Cfr. G.VINEY-P-JOURDAIN, *op.cit*., pag. 14. Per comodità di esposizione si rinvia alla giurisprudenza ivi citata. In questa sede si sottolinea solo come l'ambito elettivo di applicazione di tale soglia sia quello dei "*troubles de voisinage*", laddove con più immediatezza appare come la convivenza civile comporti necessariamente delle limitazioni al vivere individuale che devono pertanto essere accettate da tutti i consociati; anche in altri campi il criterio dei "*dommages anormaux*" è stato proficuamente applicato, come ad esempio in fatto di danni estetici.
[89] Cfr. G.VINEY-P-JOURDAIN, *loc.cit*..
[90] Cfr. G.VINEY-P-JOURDAIN, *op.cit*., pag. 72 s., laddove si critica tale scelta, suggerendo che il fondamento del danno risarcibile debba essere comunque rinvenuto sul piano della legittimità dell'interesse giuridicamente protetto (e, pertanto, sul piano della responsabilità e non della liquidazione del danno).

Anche nell'esperienza francese, dunque, è stata riconosciuta la necessità di porre un limite quantitativo al danno risarcibile. Per quanto riguarda l'analisi della "normalità" o "anormalità" del danno, sembra che si possano ripetere anche in questo caso le osservazioni svolte a proposito della gravità del danno come requisito ulteriore per accedere alla tutela risarcitoria.

Il metodo di sanzionare il comportamento, limitando però la condanna ad una somma simbolica appare, invero, seppure accettabile da un punto di vista logico, assai debole da un punto di vista giuridico. Se, infatti, si riconosce che sussistono i presupposti per il risarcimento del danno, allora è necessario valutare tutti gli elementi rilevanti della fattispecie, quali le condizioni del soggetto che si afferma danneggiato, la durata del pregiudizio subito (se anche la gravità dei singoli episodi o delle singole lesioni si assume irrilevante) o la colpa del danneggiante. Una arbitraria liquidazione, sia pure simbolica, del danno, svincola la condanna dal procedimento logico che deve caratterizzare l'intero ragionamento del tribunale, risolvendosi in una pura petizione di principio.

(c) Il diritto privato europeo. – Neppure il diritto vivente degli altri ordinamenti continentali appare, dunque, in grado di dare una risposta del tutto soddisfacente al problema, posto all'inizio della presente analisi, circa l'inquadramento sistematico più coerente in cui

inserire le soglie di rilevanza del danno. Una prospettiva diversa può essere allora fornita dai lavori della commissione costituita in ambito comunitario per la predisposizione di un codice civile europeo[91].

Nel testo licenziato, infatti, è previsto espressamente, all'art. 6:102, rubricato *De Minimis Rule*, che "*Trivial damage is to be disregarded*". Contrariamente a quanto avvenuto nelle esperienze continentali esaminate (ed a quanto espressamente evitato dal legislatore tedesco), si è ritenuto opportuno in questa sede introdurre una esplicita previsione relativa ai c.d. danni bagattellari[92]. Resta comunque il problema di inquadrare sistematicamente il principio stabilito da tale norma e di approfondirne il fondamento ed il contenuto.

La sua collocazione topologica, nell'ambito del capitolo 6, dedicato ai *Remedies*, induce a ritenere che si è intesa la disposizione in esame quale norma sull'accesso alla tutela: solo nel caso in cui il danno non sia triviale l'ordinamento dovrà reagire con il rimedio del risarcimento del danno a favore della parte lesa, condannando il

---

[91] Si tratta dello Study Group on a European Civil Code, presieduto da C.VON BAR (SGCC). Cfr. C.VON BAR, *Study Group on a European Civil Code*, in G.ALPA-G.BUCCICO (a cura di), Il codice civile europeo, Milano 2001. Il testo integrale del progetto è in corso di pubblicazione come *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR).*München, 2009.

[92] Più simile all'impostazione di stampo tedesco è, invece, l'approccio previsto dai Principles of European Tort Law, laddove l'art. 10:301, rubricato Danno non patrimoniale (trad. a cura di F.D.BUSNELLI-G.COMANDÉ), "*nella valutazione di tali danni devono essere prese in considerazione tutte le circostanze del caso, compresa la gravità, la durata e le conseguenze del torto. La colpa del danneggiante deve essere presa in considerazione solo ove contribuisca in modo significativo alla offesa subita dalla vittima*": si rimane in questo caso sul piano del risarcimento del danno, ovvero della valutazione degli elementi ritenuti rilevanti nella determinazione della misura del risarcimento da liquidare.

danneggiante. In questo contesto, tuttavia, la norma resta pur sempre una norma in bianco, poiché riporta al problema centrale di dare sostanza al termine "*trivial*". Occorre allora una lettura sistematica dell'intero testo per individuare se e come rintracciare gli elementi interpretativi per poter applicare coerentemente la soglia della trivialità.

Punto di partenza ed elemento centrale della disciplina proposta è il "*legally relevant damage*". Già nella *Basic Rule* (Art. 1:101) che apre il primo capitolo, infatti, si afferma che "*A person who suffers legally relevant damages has a right to reparation…*".

Il successivo Art. 2:101 dà la definizione di *legally relavant damage*[93] secondo due direttrici: da un lato vengono enunciate diverse fattispecie tipizzate e, dall'altro, una clausola di chiusura che fornisce gli

---

[93] Il testo complete della disposizione è

Article 2:101: Meaning of Legally Relevant Damage

(1) Loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if:

- *(a) one of the following rules of this Chapter so provides;*
- *(b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by the law; or*
- *(c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection.*

(2) In any case covered only by sub-paragraphs (b) or (c) of paragraph (1) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under articles 1:101 or 1:102.

(3) In considering whether it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention regard is to be had to the ground of accountability, to the nature and proximity of the damage or impending damage, to the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and to considerations of public policy.

(4) In this Book

- ***(a)*** *economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property*
- ***(b)*** *non-economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life.*

elementi che devono essere valutati ai fini del giudizio di rilevanza (il fondamento della responsabilità, la vicinanza del danno, le ragionevoli aspettative del soggetto danneggiato)[94].

Tale *basic rule* ha due pregi: da un lato viene individuato e sottolineato un momento distinto dalla responsabilità, ovvero il "giudizio di rilevanza", attraverso il quale "*elementi… che tradizionalmente vengono riferiti alla fattispecie del'illecito, vengono qui diversamente posizionati sul terreno delle regulae iuris*[95]", ovvero delle regole tecniche che caratterizzano il danno risarcibile[96]; dall'altro viene fornito il criterio selettivo, il principio informatore che deve guidare tale giudizio, ovvero il binomio costituito da "equità" e "ragionevolezza" (il *right to reparation* deve essere, infatti, *fair and equitable*).

Trova risposta e contenuto, alla luce di queste riflessioni, anche il problema della soglia di rilevanza del danno: integrerà i requisiti di danno risarcibile quello che, secondo un equo e ragionevole giudizio che tenga conto di tutti gli elementi ricorrenti nel caso concreto, supera un livello minimo di trivialità.

2.3. La soglia di rilevanza come proprietà del danno risarcibile.

---

[94] Cfr. A.DI MAJO, *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*, Europa e dir.priv. 2006, pag. 30 ss.
[95] Cfr. A.DI MAJO, *op.ult.cit*., pag. 32.
[96] Per la distinzione tra fattispecie e regole giuridiche, ovvero tra inadempimento (o fatto illecito) e danno risarcibile, cfr. A.DI MAJO, *La responsabilità contrattuale, cit*. pag. 137 ss.

2.3.1. ***Collocazione sistematica del concetto di soglia.*** - La costruzione di un danno giuridicamente rilevante nasce dalla considerazione dell'assenza, nelle categorie sistematiche proprie di ogni ordinamento, di una completa sovrapponibilità tra le diverse concezioni di danno risarcibile. Tali limiti sono emersi anche nel tentativo di dare una collocazione alla soglia di rilevanza che il danno deve superare per essere risarcibile.

Da un'analisi sistematica delle fattispecie nelle quali trovano pacificamente applicazione i più diversi criteri volti alla determinazione di soglie alle quali riconnettere effetti giuridici, anzi, è apparso particolarmente difficile assimilare ad istituti già esistenti la tutela risarcitoria. Questa, infatti, sembra affatto refrattaria a limitazioni e condizioni, proprio in virtù del suo carattere, più volte sottolineato nel presente lavoro, duttile e pervasivo, spesso utilizzato proprio come "clausola rimediale di chiusura" per coprire eventuali vuoti di tutela lasciati dal altri rimedi[97].

A confermare la difficoltà di stabilire una soglia di rilevanza del danno si sono messi in evidenza i problemi nell'individuare la collocazione normativa di tale soglia: in effetti, né il piano della tutela né

[97] Questi ostacoli non devono, tuttavia, portare a considerare errata l'operazione che si sta compiendo. Si è già visto, infatti, come individuare una soglia di rilevanza del danno non sia un'operazione strumentale o speculativa, ma rappresenti un inevitabile passaggio per la piena comprensione (e applicazione sul piano pratico) del danno risarcibile inserito nel mutevole quadro, in continua evoluzione, della tutela risarcitoria.

quello della ingiustizia né, infine, quello della mera liquidazione economica soddisfano pienamente.

L'analisi del danno giuridicamente rilevante, al contrario, consente perfettamente di includere, tra gli elementi che lo compongono e contraddistinguono, anche un certo grado di intensità o gravità. Occorre, allora, individuare la sede normativa, nel diritto positivo vigente, all'interno della quale sia possibile inserire tali elementi.

Tale sede non può che essere il danno risarcibile, ovvero, come si è già anticipato[98], quello spazio che sta tra la fonte del danno e la sua liquidazione. Se, infatti, occorre analizzare i requisiti che deve avere un danno per essere risarcibile, ci si deve rivolgere necessariamente alle regole giuridiche che presiedono al concetto di danno risarcibile: è, pertanto, l'ambito definito dagli artt. 1223 ss. c.c. Ed è proprio questa norma a fornire il supporto di diritto positivo alle considerazioni svolte, laddove prevede che il danno debba consistere in una "perdita"[99].

Perché si possa parlare di danno risarcibile, in altre parole, è necessario che si abbia non solo la lesione di un interesse giuridicamente protetto, ma altresì che tale lesione abbia generato in concreto una perdita. Se, inoltre, l'art. 1223 c.c. si riferisce al danno patrimoniale, è

---

[98] V. *supra*, Introduzione.

[99] Si è visto, infatti, che in ognuna delle forme di tutela in cui si richiede il superamento di una soglia, questa è comunque, benché in termini ampi e generici, indicata dalla legge (così la "gravità" del pericolo o dell'inadempimento, come la "tollerabilità" delle immissioni, etc.); per quanto riguarda la tutela risarcitoria la previsione normativa che può meglio corrispondere ad una "soglia" è il concetto di "perdita".

stato correttamente affermato che, anche in relazione al danno non patrimoniale, "*è sempre necessaria la prova ulteriore [...] che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c.*"[100].

Anche laddove si tratti di emotività, di equilibrio mentale e, in generale, di tutela dei valori della persona costituzionalmente garantiti, perché si possa parlare di una "perdita", occorre che si esca dai turbamenti connaturati al vivere sociale, alla quotidianità, all'esistenza di ogni uomo e si concretizzi un cambiamento eccezionale, fuori dal comune, estraneo alla normalità.

2.3.2. *Criteri di determinazione della soglia.* - Resta tuttavia da comprendere come e secondo quali criteri giuridici debba essere individuata la soglia di rilevanza del danno[101]. È questo, forse, il punto più delicato e più debole, allo stesso tempo, della decisione della Suprema Corte qui esaminata.

Come già esposto, una soluzione potrebbe essere proposta in chiave futura, ovvero *de iure condendo*. In diversi casi, infatti, il legislatore ha sentito il bisogno di intervenire espressamente per recepire le innovazioni giurisprudenziali o dottrinarie più attuali e ritenute

---

[100] C.Cost. sent. 21.10.1994, n. 372, est. L.MENGONI, in Foro it., 1994, pag. 3297 ss., con nota di G.PONZANELLI; in Corr. giur., 1994, pag. 1455 ss., con nota di M.GIANNINI; in Giust. civ., 1994, pag. 3029 ss., con nota di F.D. BUSNELLI; v. *supra*, cap. 1.

[101] Si è visto, infatti, come in ogni caso in cui la legge prevedesse una soglia gli interpreti sono riusciti, nel corso del tempo, ad individuare contenuto e metri di misurazione sufficientemente obiettivi e funzionali di tale soglia (si pensi alla normale tollerabilità delle immissioni).

opportune[102]. In relazione al problema in esame, tuttavia, si può affermare che non solo le soglie di rilevanza del danno non devono necessariamente essere stabilite necessariamente per legge, ma che, anzi, una soluzione per via legislativa potrebbe portare ad un irrigidimento della prassi.

La Corte di Cassazione[103] ha affermato che "*il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.). entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico (criterio sovente utilizzato*"[104].

Il fondamento delle soglie poste a separare i danni futili da quelli rilevanti sarebbe, dunque, da ricercare nelle norme costituzionali e, in particolare, in quell'art. 2 Cost. che ha costituito il baricentro di tanta

---

[102] Cfr. i casi, affrontati nel cap. 1, del danno biologico, espressamente previsto ora dall'art. 13, D.Lgs. 23.02.2000, n. 38 in materia di infortuni sul lavoro e dall'art. 5, L. 5.03.2001, n. 57 in tema di sinistri stradali, e della risarcibilità del danno derivante da lesione di un interesse legittimo, riconosciuta dalla sentenza Cass. sent. n. 500/99 e poi sancita dalla L. n. 205/2000.
[103] Cass. S.U., sent. 11.11.2008, n. 26972, in Resp.civ. 2009, pag. 4 ss.
[104] Cass. S.U. sent. n. 26972/08, par. 3.11.

evoluzione del danno risarcibile. Tale ricostruzione sistematica, tuttavia, non convince del tutto.

Innanzi tutto non spiega perché la tolleranza dovrebbe avere riguardo al danno non patrimoniale, mentre si ritirerebbe in tutti i casi di danno economicamente quantificabile, laddove, in astratto, anche un danno da un solo euro potrebbe essere oggetto di domanda di risarcimento[105]. Inoltre il carattere generale e astratto dei principi costituzionali o, meglio, dei principi che in via di interpretazione sono stati estrapolati dalla carta costituzionale, ne rende difficile un'applicazione immediata ai casi concreti.

Si è visto, invece, coma il criterio della ragionevolezza si presti in maniera duttile e precisa a fornire lo strumento per discernere e valutare le singole fattispecie. La collocazione più coerente della soglia di rilevanza, allora, è probabilmente tra quegli *standard* valutativi[106] che operano "*a mezza strada*" tra i principi fondamentali dell'ordinamento e la prassi e nei quali rientra la ragionevolezza[107].

---

[105] Cfr. A.DI MAJO, nel commento a Cass. S.U. sent. n. 26972/08.

[106] Cfr. A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro attuazione*, in Riv.dir.civ., 1987, pag. 1 ss. Si tratta, peraltro, di una categoria nota a tutte le esperienze giuridiche europee, laddove in ambito tedesco si parla di *unbestimmte Rechtsbegriffe* e, in ambito anglosassone, di *indeterminate reference*. Per un'ampia riflessione sul tema si rinvia a R.POUND, *Introduction to the Philosophy of Law, Revised edition, New Haven, 1954;* K.H.STRACHE, *Das Denken in Standards*, Berlin, 1968*;* G.TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt a.M., 1971.

[107] Cfr. A.FALZEA, *op.cit*., pag. 2. Ma in questa categoria possono essere annoverati anche criteri quali la normalità, la razionalità, l'equità, la gravità. ovvero tutti i parametri che, come si è visto, sono stati scelti di volta in volta dal legislatore a monte o dalla giurisprudenza a valle per discernere, di volta in volta, le fattispecie meritevoli di tutela.

Si tratta, infatti, di canoni valutativi "*interamente calati nella storicità, della quale esprimono gli aspetti normativi presenti nella coscienza sociale*" che hanno, appunto, il compito di mediare tra i principi superiori "*interamente calati nell'eticità*" e la realtà quotidiana della prassi applicata ai casi concreti[108].

Il metodo delle soglie di rilevanza, per fissare il limite al di là del quale l'ordinamento deve intervenire per riparare le conseguenze di un fatto dannoso, rispecchia perfettamente le funzioni ed i processi relativi ai canoni valutativi e su questo piano può trovare un proprio fondamento[109]. Anzi, il concetto stesso di soglia, immanente al vivere sociale ed utilizzato come tecnica normativa, come si è visto, nei casi più disparati (si pensi su tutti gli esempi analizzati all'art. 844 c.c. in tema di immissioni o alla disciplina del danno all'ambiente) può essere inteso a sua volta come uno *standard* valutativo.

È dunque la ragionevolezza che, insieme all'equità, consente di determinare quando il danno sia risarcibile, ma ciò non avviene per astratte valutazioni di politica giuridica o di accesso alla giustizia, bensì

---

[108] Cfr. ancora A.FALZEA, *op.cit*., pag. 14 s., il quale illustra chiaramente la funzione ed il modo di operare di tali criteri valutativi: "*Oltre al processo di concretizzazione del valore giuridico mediante eventi o comportamenti che evidenziano nel contesto sociale l'insorgere, storicamente circostanziato, del valore astrattamente prefigurato dalla norma, opera il processo di specificazione del valore giuridico mediante eventi o comportamenti che già sul piano normativo ne configurano più definite modalità e sul piano del fatto ne individuano i contenuti più puntuali e compiuti*", *op.cit*., pag. 9.

[109] In relazione al modo di operare degli standards all'interno dell'ordinamento, cfr. L.MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Riv.crit.dir.priv. 1986, pag. 12 s., il quale sottolinea come gli standards siano "*tipi ideali in senso assiologico… in quanto impartiscono direttive o linee di riflessione per la ricerca della regola di decisione del caso in oggetto*".

per un'applicazione concreta del concetto di danno risarcibile, come previsto dall'art. 1223 c.c.: deve esservi una perdita (o un pregiudizio analogo, in ambito non patrimoniale) affinché vi sia danno risarcibile, e di perdita vera e propria si può parlare soltanto quando il danno, valutato equanimemente e ragionevolmente, abbia superato una determinata soglia di rilevanza.

3. I CONFINI DEL DANNO RISARCIBILE.

3.1. ***Premessa.*** **-** Se si osserva retrospettivamente il percorso compiuto dal danno risarcibile in un'ottica "storicizzata", come analizzato nei precedenti capitoli, emergono due dati fondamentali: in primo luogo l'area della tutela del danno è in continua evoluzione, tendente ad una sempre maggiore estensione; in secondo luogo tale processo è irreversibile ed è difficilmente ipotizzabile quali siano le future zone che comprenderà, mosso com'è dalle esigenze che vengono espresse di volta in volta, nel corso del tempo, dalla società.

Un'analisi che si ripropone di analizzare il danno risarcibile in una prospettiva futura, allora, difficilmente può sobbarcarsi il compito di preconizzare, se non delineare, quali possano essere le direttrici di questo sviluppo e quali gli eventuali approdi. Più proficuamente e più correttamente, invece, può sottolineare quali siano e quali debbano essere i confini di questo percorso, non indicando in positivo le "nuove frontiere"[1] della sua avanzata, bensì ribadendo, in negativo, i limiti che tale cammino deve comunque rispettare.

---

[1] Espressioni come "nuove frontiere" (cfr. F.GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in Contr.e impr., 1985, pag. 1; .; M.LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in Contr.e impr. 1987, pag. 85 ss.) fanno parte del clima pionieristico di una stagione in cui l'esigenza di scardinare le barriere dogmatiche nelle quali la responsabilità civile era contenuta si tramutava in tentativi concreti di dare veste e fondamento giuridico positivo ai sempre più sentiti bisogni di tutela; ovvero caratterizzano, per tornare ancora sulla metafora che ha fatto da filo conduttore del presente lavoro, una fase di "diastole". Si avverte ora, al contrario, la speculare necessità di disporre di strumenti di controllo dell'espansione, ovvero di una fase di "sistole" inaugurata dalla sentenza Cass.S.U. sent. n. 11.11.2008, n. 26972, in Resp.civ.prev. 2009, pag. 4 ss.

A tal fine occorre tirare un bilancio consuntivo delle indagini svolte e tentare di far emergere gli elementi essenziali del danno risarcibile, ovvero individuare una sorta di minimo comun denominatore che, in quanto tale, faccia parte del DNA delle più disparate fattispecie di danno tutelate dall'ordinamento[2].

Ebbene, le caratteristiche principali che sono emerse, a partire dall'esame delle diverse teorie del concetto di danno, percorrendo poi l'atteggiarsi in concreto del danno risarcibile, fino alle policrome interpretazioni delle più recenti vicende giurisprudenziali sono costituite, da un lato, dal carattere "concreto" del danno risarcibile, ovvero dalla necessità che la semplice lesione di un interesse giuridicamente protetto si condensi, nel singolo caso pratico, n elementi chiari, individuabili e riconoscibili volti a dare peso e contenuto al pregiudizio lamentato; dall'altro nella principale funzione della tutela risarcitoria, volta a trasportare sul piano economico, in termini di scambio, il pregiudizio subito da un soggetto a causa del comportamento di un altro soggetto (comportamento che, naturalmente, si riferisce all'inadempimento in

[2] Tali caratteristiche devono, pertanto, essere comuni tanto al danno contrattuale quanto al danno aquiliano. Si è messa in evidenza (v. cap. 1) la difficoltà, se non l'impossibilità, di trovare una definizione sotto la quale possano essere comprese le due forme di danno, in virtù delle loro caratteristiche, dei loro presupposti e delle finalità differenti. il che costituisce un ostacolo all'operazione che qui si tenta di svolgere. Allo stesso tempo, tuttavia, è stato osservato (v. cap. 3) come spesso, nelle applicazioni giurisprudenziali come nelle elaborazioni dottrinarie, il confine tra danno contrattuale ed aquiliano sia difficile da tracciare e come diverse voci di danna vengano ascritte ora all'una ora all'altra categoria. Naturalmente resta compito dell'interprete analizzare le diverse situazioni per trovare a ciascuna la collocazione più coerente da un punto di vista sistematico con il diritto positivo, ma in questo quadro può avere una propria utilità la ricerca dei punti in comune, invece che delle divergenze.

ambito contrattuale e al fatto illecito in ambito aquiliano), per compensare l'uno del danno subito e addossare al secondo il relativo costo.

Questi due aspetti possono, allora, rappresentare i due limiti connaturali, all'interno dell'ordinamento vigente, al danno risarcibile: il primo costituisce il limite "interno", il secondo il limite "esterno".

3.2. Il limite interno: la "concretizzazione" del danno.

3.2.1. *L'onere della prova.* – Nell'indagine che si è tentato di svolgere sul concetto di danno è emersa una caratteristica ricorrente: che il danno debba essere effettivo, sussistere in concreto. Tale aspetto è stato ribadito con forza anche in tema di danno non patrimoniale, laddove la Corte Costituzionale (sent. n. 372/94) ha affermato che anche quando si afferma che il danno sia *in re ipsa*, o lo si qualifica come presunto, si "*intende dire cha la prova della lesione è, in re ipsa, prova dell'esistenza del danno, non già che questa prova sia sufficiente ai fini del risarcimento. […]. È sempre necessaria la prova ulteriore […] che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c.*".

Il concetto di "perdita", dunque (associato al mancato guadagno), allora, non ha una valenza "meramente descrittiva"[3], ma rappresenta, al

[3] Cfr. M.PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli 2008, pag. 129 ss.

contrario, un indice ben preciso di ciò in cui il lamentato pregiudizio deve concretizzarsi.

La giurisprudenza afferma costantemente tale principio, pur legandolo al piano processuale e, in particolare, all'onere della prova. In realtà l'aspetto della concretezza va oltre le risultanze probatorie (che spesso, in tema di danni non patrimoniali, si risolvono con l'ausilio delle presunzioni) e attinge, invece, all'essenza stessa del danno: anche le pronunce che hanno riconosciuto e risarcito danni c.d. esistenziali non a caso, hanno sempre ribadito la necessità di rappresentare le condizioni concrete in cui si trova il soggetto, gli elementi tangibili che consentano di riempire di contenuto una semplice doglianza, di dare cioè sostanza al danno lamentato, fino a fargli assumere le forme di una "perdita".

3.2.2. ***La determinazione dei punti di invalidità.*** – Il ragionamento appena svolto trova applicazione, peraltro, a prescindere dalla configurazione della lesione come danno-conseguenza (che, per le sue caratteristiche, si presta maggiormente ad offrire elementi di concretezza): è infatti in tema di danno biologico che l'esigenza di concretizzare il danno si è fatta sentire maggiormente, e ciò è avvenuto attraverso la determinazione dei punti di invalidità

Ad ogni lesione dell'integrità psico-fisica, prima ancora di immaginare di dare una valutazione economica attraverso la liquidazione tabellare, è necessario assegnare un valore numerico, pari ad un punto di

invalidità. Non a caso tali valori sono determinati normativamente e non sono lasciati alla soggettività del giudice: è il danno-evento per eccellenza che ha bisogno, per avere ingresso in giudizio, di concretizzarsi, di acquistare le caratteristiche tipiche di una "perdita" ovvero, in termini medico-legali, di un'invalidità..

3.2.3. ***La perdita di chances.*** – Un ragionamento analogo viene seguito dalla giurisprudenza in materia di perdita di chances. Anche in questo caso il danno lamentato è insuscettibile di essere dimostrato con certezza e palmare evidenza, ma anche in questo caso la giurisprudenza non si appiattisce sulla mera doglianza di un soggetto degli ipotetici vantaggi che avrebbe potuto conseguire: è sempre richiesta la produzione e l'allegazione di tutti gli elementi idonei a rendere concrete quelle possibilità. È infatti attraverso l'individuazione di una percentuale di probabilità che si arriva ad identificare il danno. Solo nel momento in cui si passa da una semplice aspettativa ad una concreta percentuale di successo si potrà parlare di una "perdita" che potrà essere risarcita.

3.3. Il limite esterno: i danni punitivi.

3.3.1. ***Il risarcimento del danno come sanzione.*** **–** In relazione al limite esterno del danno risarcibile, il confine invalicabile è indicato dalla sua funzione: il principio, più volte ricordato, della *Totalreparation*, ovvero di attribuire al soggetto, secondo l'insegnamento chiovendiano, tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire, sembra

allora escludere l'applicazione dei c.d. danni punitivi[4] come istituto mutuato dagli ordinamenti di *common law*[5]. Si tratta, infatti, di importi che vengono liquidati al danneggiato oltre e accanto alla somma stabilita quale risarcimento del danno subito, i c.d. *compensatory damages.* Differiscono da quella sia come importo (che può arrivare anche ad essere superiore di mille volte) sia per i presupposti, che non riguardano il danno effettivamente subito, bensì la riprovevolezza del comportamento lesivo, la gravità della colpa e la natura del soggetto danneggiante[6].

Ci si distacca sensibilmente, pertanto, dalla configurazione del danno risarcibile come sinora è stato rappresentato. Da una prospettiva comparatistica ci si può chiedere, tuttavia, quale sia il contributo che i danni punitivi possono apportare in termini di tutela; quali, in senso contrario, gli aspetti problematici e, in particolare, i possibili aspetti in contrasto con principi fondamentali o norme imperative e, infine, se sia

---

[4] Si usa il termine di "danni punitivi" per la diffusione che ha avuto e continua ad avere come traduzione del'originario anglosassone "*punitive damages*", sottolineando però come la traduzione risulti impropria, poiché l'espressione si riferisce, in realtà, al risarcimento dei danni punitivo o sanzionatorio.

[5] Per un'ampia trattazione sull'argomento cfr. G.PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in Riv.dir.civ. 1983, pag. 435 ss.; G.BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in Europa e dir.priv. 1999, pag. 489 ss.; V.ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law",* in Giur.it., 1985, pag. 12 ss..

[6] Cfr. E.A.FARNSWORTH, *An Introduction to the Legal System of the United States*, New Haven, 1999; D.L.WALTHER-T.A.PLEIN, *Punitive Damages, A Critical Analysis: Kink v. Combs*, in 49 Marg.L.Rev., 1965, pag. 369 ss.; J.D.GHIARDI-J.J.KIRCHER, *Punitive Damages Law and Practice*, New Haven, 1994.

possibile e auspicabile il loro ingresso all'interno dell'ordinamento italiano [7].

(a) Il risarcimento del danno come sanzione. - Sotto il primo profilo, i danni punitivi svolgono una doppia funzione: da un lato sanzionano il comportamento del danneggiante e, dall'altro, intaccano il suo patrimonio: la prima funzione è sanzionatoria e svolge inoltre il compito di deterrente per condotte giudicate gravemente scorrette o riprovevoli e si accosta pertanto, sul piano civilistico, ad una condanna di tipo penale; la seconda, invece, risponde ad esigenze di equità e di giustizia sostanziale, in quanto mira ad intaccare il profitto che il danneggiante trae o ha tratto dal comportamento illecito, in modo che questi non si avvantaggi comunque dalla propria azione o attività[8].

Se, dunque, da un punto di vista funzionale emerge una forte rilevanza sul piano pratico, da un punto di vista sistematico, per la loro natura e per il meccanismo di funzionamento, i danni punitivi presentano

---

[7] Il problema è stato portato alla ribalta da una sentenza della Corte di Appello di Venezia (App. Venezia, 15.10.2001, in Nuova giur. civ., 2002, pag. 765 ss. con nota di G.CAMPEIS, A.DE PAULI; in Riv. dir. internaz. privato e proc., 2002, pag. 1021 ss., con nota di C.CRESPI REGHIZZI la quale, chiamata a delibare una sentenza di condanna ai *punitive damages* della Corte distrettuale dell'Alabama, ha rigettato la richiesta. La decisione è stata poi confermata dalla Suprema Corte (Cass. sent. 19.01.2007, n. 1183, in Foro it. 2007, pag. 1460 ss. con nota di G.PONZANELLI; in Europa e dir.priv., 2007, pag. 1129, con nota di G.SPOTO; Giur.it. 2007, pag. 2724 ss., con nota di V.TOMARCHIO; ivi, 2008, pag. 395 ss. con nota di A.GIUSSANI; in Danno e resp. 2007, pag. 1125 ss., con nota di R.PARDOLESI; in Assicurazioni, 2007, pag. 153 ss., con nota di M.ROSSETTI; in Corr.giur. 2007, pag. 498 ss., con nota di P.FAVA.

[8] Tale funzione viene vista di sopportazione in termini economici delle conseguenze del proprio operato e, pertanto, di scelte razionali degli individui nel senso della convenienza economica a tenere un determinato comportamento illegittimo pur dovendone affrontare i costi da G.CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New Haven, 1970.

diversi aspetti problematici[9]: innanzi tutto il carattere sanzionatorio, estraneo alla concezione tradizionale della responsabilità civile, poi il carattere discrezionale della misura del risarcimento, infine la duplicazione del risarcimento (quello punitivo accanto a quello compensativo) ed il conseguente arricchimento del danneggiato. Il primo aspetto desta perplessità in ordine alla compatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento costituzionale italiano. In particolare, la natura di sanzione, benché di tipo civilistico, si scontrerebbe con le riserve di legge imposte dagli artt. 23 e 25 Cost. relative, rispettivamente, all'imposizione di prestazioni personali o patrimoniali e alla comminazione di sanzioni[10].

Vi è poi la considerazione dell'incompatibilità della tutela risarcitoria con una pretesa funzione sanzionatoria. A tale riguardo la Suprema Corte[11], argomentando la propria decisione, afferma che *"Nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subìto la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare*

---

[9] Per un'analisi degli aspetti problematici sul piano del diritto costituzionale statunitense cfr. M.S.ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in Foro it. 1990, pag. 175 ss.

[10] Cfr. G.CRICENTI, *Persona e risarcimento*, Padova, 2005, pag. 186 s.; lo stesso problema è posto da 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, pag. 331, il quale sottolinea "*l'incertezza essenziale circa l'entità della pena*" relativa alla somma liquidata a titolo di risarcimento punitivo.

[11] Cass., sent. n. 1183/08.

le conseguenze del danno arrecato". L'affermazione non fa che confermare l'impostazione sinora seguita ma, in considerazione del suo carattere generale e assoluto, deve essere verificata anche nelle ipotesi più delicate.

(b) Il danno non patrimoniale. - È il caso, innanzi tutto, del danno non patrimoniale e, in particolare, del danno morale. In questo ambito, infatti, la tradizione risalente attribuiva al risarcimento del danno che, per sua natura, era svincolato da qualsiasi perdita di tipo economico, una funzione punitivo-sanzionatoria[12]. Se, in altre parole, la misura del risarcimento non poteva essere calcolata in base ad un valore patrimoniale, la sua entità era collegata ad altri elementi quali, in particolare, la condotta e la colpa del danneggiante. Ed il collegamento era ancora più netto in quanto ci si trovava, pur sempre, in presenza di un reato e, pertanto, di fronte ad un soggetto responsabile la cui colpa era stata oggettivamente accertata.

Tale ricostruzione, tuttavia, è mutata nel corso del tempo, parallelamente all'evoluzione del danno non patrimoniale. Si è visto, infatti, come attraverso il danno alla salute prima ed alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., questo abbia perso la sua valenza sanzionatoria per ricoprire un ruolo "*tipizzante dei singoli casi di*

---

[12] Cfr. G.BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, ID. *Danno morale*, in Dig.Priv.sez.civ., V, che attribuisce al risarcimento del danno non patrimoniale la natura di "*pena privata*"; di "*sanzione civile*" parla invece A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, pag. 173 ss.

risarcibilità del danno non patrimoniale"[13]. In un sistema bipartito della responsabilità civile, cioè, il danno non patrimoniale si presenta, con le dovute differenze, in maniera speculare al danno patrimoniale, con la caratteristica, in particolare, che la misura del risarcimento può essere parametrata all'interesse leso e alla gravità della lesione.

La Cassazione mostra di seguire consapevolmente tale percorso, laddove conclude il proprio ragionamento sostenendo che il superamento della funzione sanzionatoria del risarcimento, a favore di quella compensativa, "*vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze*

---

[13] Cfr. C.SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in Resp.civ.prev. 2007, pag. 96 s., il quale prende le mosse dalle sentenze del 2003 (C.Cost. sent. n. 233/03, C.Cass. sent. nn. 8827 e 8828/03) ed osserva che "*se, dunque, si possono dare casi in cui alla risarcibilità del danno morale non osta l'assenza di un accertamento, in concreto, della colpevolezza del candidato responsabile…la concreta funzione sanzionatoria della condanna risarcitoria si attenua notevolmente, se non svanisce del tutto: de infatti appare difficile sostenere, a meno di non voler accreditare meccanismi palesemente finzionistici che una colpa semplicemente presunta, sulla base, ad esempio, della disposizione dell'art. 2054, comma 2, c.c. possa essere il termine di riferimento di un giudizio che implichi la riprovazione della condotta tenuta*", concludendo dunque che "*L'affermazione di una…funzione punitivo-satisfattoria… della condanna risarcitoria a fronte di un danno morale appare bisognosa di un'approfondita rimeditazione*".
Un analogo ragionamento vale per l'ordinamento tedesco nel quale, come già esaminato, la riforma del risarcimento del danno, mediante la nuova collocazione della norma relativa allo *Schmerzensgeld* nella parte generale delle obbligazioni (§ 253, comma 2, BGB), ha esteso la risarcibilità del danno non patrimoniale anche alle fattispecie di responsabilità oggettiva (*Gefährdungshaftung*), laddove originariamente era limitato ai casi di responsabilità per colpa (§ 847 BGB).

di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi in re ipsa".

L'affermazione, in sé corretta, non basta tuttavia a giustificare la successiva affermazione secondo la quale i *punitive damages* sarebbero "incompatibili con l'ordine pubblico interno". Anzi, si è messo in evidenza come fosse pacificamente ammessa una funzione sanzionatoria interna al risarcimento del danno, almeno nel caso del danno morale soggettivo. Il fatto che tale caratteristica sia stata superata da una diversa e più matura concezione del danno non patrimoniale, pertanto, da un lato conferma indirettamente la possibilità, riconosciuta in passato, di considerare un risarcimento quale "sanzione" ma, dall'altro, richiede un ulteriore sforzo volto al presente, ovvero al diritto vigente.

(c) Le fattispecie affini. – Occorre allora verificare se, allo stato attuale, si possano rinvenire nell'ordinamento dei casi in cui sia tutt'ora configurabile un risarcimento del danno in chiave punitiva perché "*se esiste in Italia anche una sola ipotesi di punitive damages è evidente che non è più possibile sostenere la contrarietà della figura all'ordine pubblico interno*"[14].

[14] Cfr. G.SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in Europa e dit.priv. 2007, pag. 113. Un esame approfondito di tutti i casi in cui è possibile individuare una funzione sanzionatoria della responsabilità civile non è stato compiuto, invece, dalla Suprema Corte, la quale si è limitata a confutare le fattispecie indicate dal ricorrente, ovvero la clausola penale ed il danno morale, come rileva criticamente G.PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, in Foro it.2007, pag. 1462.

Il primo ambito in cui si può individuare un caso di risarcimento che va al di là della semplice compensazione o riparazione del danno subito è costituito dall'art. 125, D.Lgs. 10.02.2005 n. 30 (c.d. Codice della proprietà industriale), in base al primo comma del quale "*il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenendo 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*" e, inoltre, in forza del terzo comma "*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*".

Il legislatore ha regolato puntualmente il contenuto dell'obbligazione risarcitoria ed i mezzi per accertarlo. Pur allontanandosi dalla semplice indagine del danno effettivamente subito[15] non vi è, tuttavia, una chiara indicazione della condotta del danneggiante come parametro di valutazione del danno. Tale disciplina, pertanto, non dà indicazioni precise in merito alla possibilità di configurare un

[15] Cfr. C.SCOGNAMIGLIO, *op.cit.,* pag. 2494. Colpisce, inoltre, la particolare varietà di rimedi offerti dalla disposizione in oggetto, come verrà sottolineato più avanti. Per un'analisi approfondita sull'argomento si rinvia a A.PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005.

risarcimento come sanzionatorio. Il segnale fornito, invece, è in altra direzione, come si vedrà di seguito, ovvero sul piano rimediale (in particolare, emerge la novità dell'obbligo di retrocedere gli utili ottenuti attraverso l'attività lesiva dell'altrui diritto di proprietà intellettuale), laddove le esigenze di tutela trovano più facilmente una collocazione ed una copertura.

Prova poco, allo stesso modo, la disciplina sul danno ambientale, già prevista dall'art. 18, L. n. 39/1986 ed ora sostituita dagli artt. 311 ss., D.Lgs. n. 152/2006 (c.d. Codice dell'ambiente): tali disposizioni, infatti prevedono, da un lato, che legittimato ad agire a protezione degli interessi generali sottesi alla tutela dell'ambiente sia lo Stato o, oggi, il Ministero dell'Ambiente e, dall'altro, che l'azione è volta innanzi tutto al ripristino della situazione precedente. In primo luogo, infatti, si parla di risarcimento in forma specifica e in secondo luogo, anche laddove si prevede il risarcimento in denaro, questo deve essere commisurato al pregiudizio cagionato all'ambiente ed ai costi che sarà necessario sostenere per riportare un determinato luogo nelle condizioni in cui si trovava prima degli eventi lesivi. Anche in questo caso, pertanto, l'occhio è rivolto al pregiudizio cui è necessario dare ristoro, più che al comportamento colpevole del danneggiante.

L'esempio forse più rilevante è offerto dalla legge sulla stampa. L'art. 12, L. 902.1948, n. 47, infatti, in caso di diffamazione a mezzo

stampa, prevede il diritto della persona lesa a chiedere, "*oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione*", e specifica che "*la somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato*". Si è di fronte, questa volta, ad una norma molto simile ad un risarcimento punitivo, volta manifestamente a sanzionare e disincentivare un comportamento che, per il tipo di attività svolta e per le conseguenze particolari che può avere, risulta particolarmente sgradevole. Ciò che tuttavia mitiga il carattere così incisivo della norma è l'indicazione dei parametri sui quali si deve basare il giudice e che dovrebbero consentire al giudice, nella maggioranza dei casi, di effettuare un equo bilanciamento degli interessi coinvolti.

(d) La quantificazione eccessiva del danno e il divieto di arricchimento. – Il punto più delicato, in effetti, dei *punitive damages*, consiste proprio nella mancanza di parametri e di limiti alla loro determinazione. È questo, in ultima analisi, l'aspetto che contrasta maggiormente con i principi del'ordinamento italiano, ed è ancora più difficile da accogliere, in quanto le somme liquidate a titolo di risarcimento punitivo vengono versate comunque al soggetto danneggiato, il quale si ritrova così a beneficiare di un doppio risarcimento (in termini logici, mentre in termini aritmetici, come si è accennato, il beneficio può essere maggiore anche di mille volte).

Tale distorsione del sistema è stata avvertita anche negli Stati Uniti ed ha costretto la Corte Federale ad intervenire. Si è assistito, in sostanza, in una fase di "sistole", ovvero di contrazione e limitazione dei danni liquidati con troppa leggerezza o benevolenza. La Corte federale[16] ha dichiarato l'incostituzionalità dei *punitive damages* allorquando siano "*grossly excessive*" e ha stabilito i parametri in base ai quali questi devono essere calcolati[17].

Il discrimine, ancora una volta, non è tanto nella funzione svolta (che, come si cercherà di dimostrare tra breve) può essere rinvenuta anche all'interno dell'ordinamento attuale, bensì negli effetti discorsivi che una tale apertura può comportare. Se è consentito riprendere la tematica del capitolo precedente, si può affermare che la Corte federale ha dovuto individuare anch'essa una soglia, ma in senso speculare: non più per porre un limite verso il basso, al di sotto del quale non si debbano produrre effetti giuridici, bensì verso l'alto, ponendo un tetto oltre il quale non è lecito spingersi.

3.3.2. *La funzione deterrente della responsabilità civile.* – La soluzione, allora, va cercata non tanto e non solo nelle diverse funzioni della responsabilità civile, quanto nell'equilibrio che il risarcimento del danno deve ottenere tra la percezione del danno realmente sofferto ed il divieto, da un lato, di gravare un soggetto di conseguenze più gravi di

[16] Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, sent. 20.05.1996, BMW of North America inc. v Gore, in Foro it. 1996, pag. 235 ss., con nota di G.PONZANELLI.
[17] Cfr. C.CASTRONOVO, *op.ult.cit*., pag. 329 s.; G.SPOTO, *op.cit.,* pag. 1134 s.

quelle causate e, dall'altro, di attribuire al danneggiato un beneficio superiore al pregiudizio sofferto.

Ma se si è avvertita o si avverte la necessità di condanne ulteriori rispetto al semplice risarcimento compensativo, naturalmente nell'ambito dei danni non patrimoniali, forse la ragione è che il risarcimento liquidato non corrisponde ad una valutazione socialmente accettabile. Si è detto che, in seguito alla sentenza delle Sezioni Unite n. 26972/08, che ha ridisegnato il quadro dei danni non patrimoniali si rende necessario ripensare ed impostare nuovamente i criteri di valutazione e di liquidazione dei danni. Pur volendo mantenere i metodi tabellari, quali garanzia di uniformità di giudizio, limite alla discrezionalità e oggettività delle pronunce, si potrebbe allora pensare a tabelle variabili le quali, cioè, non facciano corrispondere uno ed un solo valore all'incrocio tra punto di invalidità ed età della vittima, bensì presentino una "forchetta", un margine di valutazione tra un "minimo ed un massimo edittale", all'interno del quale ci sia spazio per tutte le valutazioni che il giudice deve fare nel caso concreto.

È già stato rilevato, in tema di danni punitivi, che "*a tale esito già arrivano i nostri giudici sul terreno equitativo (art. 1226), specie ove la esigua incidenza del danno (patrimoniale) sia tale da rappresentare una*

evidente ingiustizia"[18]. Una equa, ma ampia, previsione di condanna, pur sempre agganciata ad un pregiudizio subito, potrebbe al tempo stesso conciliare la funzione naturale del risarcimento del danno, ovvero quella compensatoria o riparatoria, con quella funzione deterrente che da più parti viene invocata[19].

Al di là di tale applicazione della tutela risarcitoria, piuttosto di un risarcimento punitivo che presenta, come si è visto, più aspetti problematici che eventuali benefici, devono intervenire altri strumenti rimediali, che già sono presenti all'interno dell'ordinamento e che possono servire a quel "*bisogno differenziato di tutela*" che una società sempre più complessa avverte[20].

---

[18] Cfr. A.DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in Europa e dir.priv. 2008, pag. 309 s.

[19] Si pensi, ad esempio, alle proposte di introdurre danni punitivi in Francia, all'art. 1321 dell'*avant projet*, e in Germania, cfr. G.WAGNER, *op.cit. passim*.

[20] Cfr. A.di Majo, op.cit., pag. 309. In una simile prospettiva vengono in causa rimedi diversificati, quale la restituzione dei profitti ottenuti in violazione di norme imperative, come nel caso, sopra esaminato, dell'art. 125 l.propr.ind., ma anche la tutela inibitoria o l'arricchimento ingiustificato. Cfr. ad es. A.NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998.

CONCLUSIONI

A sostegno della posizione esposta vi sono due considerazioni di ordine, per così dire, meta-giuridico. In questo lavoro si è tentato di porre alla base della riflessione e delle soluzioni proposte un'analisi dell'evoluzione del danno risarcibile negli ultimi decenni. Ne è emerso il costante timore, a fronte di un allargamento della tutela risarcitoria, di un eccessivo dilagare o proliferare di azioni giudiziarie[21].

Ebbene, l'esperienza in particolare del danno non patrimoniale (anche alla luce della decisione della Cass.S.U., sent. n. 26972/08) dimostra come sia concreto il rischio di una corsa ai tribunali ogni volta che si prospetti una maggiore possibilità di tutela. L'introduzione dei *punitive damages*, nei termini che si sono sopra descritti, rappresenterebbe un incentivo ulteriore alla richiesta di provvedimenti favorevoli in relazione ai più svariati danni lamentati[22].

Il semplice raffronto tra due ordinamenti affini, ovvero quello statunitense e quello inglese[23], i quali prevedono entrambi la possibilità di comminare i *punitive damages*, dimostra come il problema non nasca

---

[21] V. *supra*, cap. 1, quanto riferito in tema di tutela aquiliana del credito o di danno esistenziale.

[22] L'accoglimento, o anche la percezione, di un atteggiamento favorevole dei tribunali nei confronti del danno esistenziale ha dimostrato come la richiesta di una sua applicazione si sia estesa in tempi rapidissimi in ogni direzione, anche la più lontana dalle intenzioni dei suoi fautori e teorizzatori.

[23] Cfr. G.PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, Riv.dir.civ. 1983, pag. 435 ss.; B.S.MARKESINIS, *Litigation-mania in England, Germany and the USA: Are we so very different?*, Cambridge Law Journal, 1990, pag. 233 ss..

solo dall'istituto n sé, bensì anche dalla sua valenza e dai suoi effetti una volta che venga calato nella prasi giudiziaria[24].

Vi è, poi, un secondo aspetto pratico: la funzione deterrente di un istituto non dipende soltanto dalla sua previsione in astratto, ma anche dalla sua applicabilità in concreto, ovvero dal suo *enforcement*. La stessa tutela risarcitoria, dunque, può avere una valenza ben diversa a seconda che la sentenza di condanna, con efficacia di giudicato, arrivi dopo pochi anni o dopo qualche lustro. È ben vero che le sentenze di primo grado sono provvisoriamente esecutive e pertanto, sulla base di quelle, si può già iniziare a far valere il proprio diritto, ma è altrettanto vero che i tempi della giustizia sono tali da lasciare nell'incertezza (se non del tutto frustrati) gli interessi dei danneggiati per un periodo indeterminato e spesso indeterminabile.

La consapevolezza di una soddisfazione rapida e, sull'altro versante, di una repentina condanna al pagamento di somme (anche non eccessive) a titolo di risarcimento del danno può avere un effetto deterrente ben maggiore di aspettative decennali di risarcimenti esorbitanti. In quest'ottica, peraltro, il ricorso massiccio alla giustizia per ottenere risarcimenti elevati (svincolati dalla dimostrazione del danno

---

[24] Cfr. G.SPOTO, *op.cit*., pag. 1135 ss., secondo il quale "*mentre negli Stati Uniti la disciplina relative ai punitive damages è stata oggetto di u'interpretazione restrittiva diretta a mitigare gli effetti regativi di un eccessivo ed incontrollato ricorso a tale rimedio, la Suprema Corte Inglese non ha avuto bisogno di compiere valutazioni di queto tipo, perché I giudici inglesi hanno tradizionalmente riservato una reazione più tiepida all'accoglimento della nozione di danni punitivi nell'ordinamento interno*".

effettivamente subito) potrebbe portare ad un ulteriore intasamento della giustizia con conseguente peggioramento, se non vanificazione, della possibile valenza deterrente della tutela risarcitoria.

Il problema sembra, pertanto, più legato all'amministrazione della giustizia (in termini di ragionevole durata del processo, di effettività della tutela e di realizzazione dei propri interessi[25]) piuttosto che a caratteristiche di conformità o contrarietà all'ordinamento interno[26].

---

[25] A tale proposito si rinvia a C.M. VERARDI e M.G. CIVININI (a cura di), *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, Milano, 2000; S.RODOLFO MASERA, *Ragionevole durata del processo tra corte europea dei diritti dell'uomo, cassazione e corte costituzionale*, Foro it., 2008, pag. 1470 ss.; M.GRANDINETTI-S.MONZANI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'ottica comunitaria: riflessioni in ordine alla tutela cautelare e alla restituzione di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario*, Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2008, 927; R.CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, Politica del diritto, 2007, 377; GALLO, *Il danno da irragionevole durata del processo tra diritto interno e giurisprudenza europea*, in Foro it., 2003, I, 841 ss.; OLIVIERI, *La ragionevole durata del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.),* in Foro it., 2000, V, 251; LAZZARO, *La ragionevole durata del processo civile e la terzietà del giudice nella riforma dell'art. 111 Cost*., Giust. civ., 2000, II, 299; DIDONE, *Appunti sulla ragionevole durata del processo civile*, Giur. it., 2000, 871; ID., Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo, Milano, 2002; CIVININI, *Sul diritto alla ragionevole durata del processo: prime applicazioni della c.d. legge Pinto*, in Foro it., 2002, I, 232.

[26] Cfr. ad esempio quanto affermato da G.SCARSELLI, *La ragionevole durata del processo civile*, Foro it., 2003, pag. 126 ss.: "*non credo che il problema della durata del processo dipenda dal rito o dalle norme processuali, bensì al contrario dal numero dei processi da un lato e dal numero dei giudici dall'altro*".

BIBLIOGRAFIA

AGOSTINO, *Le Confessioni*, XI,14, pag. 246, Torino, 1966 traduzione di C. CARENA

AGRIFOGLIO S., *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, ivi, pag. 1241 ss..

ALPA G., *Immissioni sonore, normale tollerabilità e rischio d'impresa*, in Giur.merito, 1974, pag. 11 ss.;

ALPA G.- FERRANDO G., *La lesione del diritto di credito da parte di terzi,* in Nuova giur.civ.comm., 1985, pag. 51 ss.;

ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1961.

AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1980.

BARCELLONA M, *Sul risarcimento del danno in forma specifica (ovvero sui limiti della c.d. interpretazione evolutiva)*, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti, a cura di S.MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989, pag. 615 ss.;

BARRETT G.- BERNARDEAU L. (a cura di), *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, Trier, 2002.

BARROT R., *De la responsabilité à l'indemnisation du préjudice corporel*, Gaz.Pal. 1982, pag. 310 ss.

BAUM R., Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, in *Logic,* New York 1975, pag. 443 ss;

BT-Dr. 14/8780

BIANCA C.M, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, ivi, pag. 689 ss.;

BIANCA C.M., *Diritto civile V. La responsabilità*, Milano 1994.

BONA M., *Il danno non patrimoniale dei congiunti: edonistico, esistenziale, da lesione del rapporto parentale, alla serenità familiare, alla vita di relazione, biologico, psichico o orale "costituzionalizzato"*?, in Dir.fam. 2002, pag. 69 ss.

BONA M., "*Stalking*": *una nuova cornice giuridica per i molestatori insistenti*., in Danno e resp. 2004, pag. 1049 ss.

BONVICINI E., *La responsabilità per danni nel diritto delle obbligazioni*, Milano, 1963.

BRANCA G., *Morte di chi convive "more uxorio" e risarcimento*, in Foro it., 1970, pag. 144 ss.

BT-Dr. 14/7752, pag. 6.

BUSNELLI F.D., *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in Riv.crit.dir.priv. 1987, pag. 273 ss.;

BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964;

BUSNELLI F.D., *Danno biologico e danno alla salute*, in M.BARGAGNA- F.D.BUSNELLI (a cura di), La valutazione del danno alla salute, Milano, 1983;

BUSNELLI F.D., *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in

Resp.civ.prev. 1990, pag. 469 ss.;

BUSNELLI F.D., *Danno e responsabilità*, Milano 2003;

BUSNELLI F.D.- BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978;

BUSNELLI, F.D. *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in Danno e resp. 2003, pag. 816 ss;.

BUSNELLI, F.D. *Il danno alla persona al giro di boa*, in Danno e resp. 2003, pag. 237 ss.;

BUSNELLI, F.D., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in Riv.dir.civ. 2000, pag. 335 ss.;

CADIET L., *Le préjudice d'agrément*, Poitiers, 1983;

CALABRESI G.- MELAMED D., *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, Harvard Law Review, 1972, pag.1089 ss.;

CAMPBELL R., *The Sorites Paradox*, in Philosophical Studies, 26, 1975, pag. 175 ss.,

CARGILE J., *The Sorites Paradox*, in The British Journal for the Philosophy of Science 1969 20(3), pag. 193 ss;

CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1930,

CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privé*, Paris, 1998 ;

CASTRONOVO C., *Il risarcimento del danno*, in Riv.dir.civ. 2006., pag. 87 s.

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, 315 ss.

CASTRONOVO C., *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, ibid. pag. 481 ss.;

CASTRONOVO C., *Inattuazione della prestazione di lavoro e responsabilità del terzo danneggiante*, in Mass.giur.lav. 1981, pag. 370 ss.;

CASTRONOVO C., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in Europa e dir.priv. 1999, pag. 1262 ss.;

CASTRONOVO C., *Danno Biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*. Milano, 1998;

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006;

CASTRONOVO C., *Dal danno alla salute al danno alla persona*, in Riv.crit.dir.priv. 1996, pag. 248 ss.;

CASTRONOVO C.,. *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in Europa e dir.priv. 2003, pag. 143 ss.;

CENDON P, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974.

CENDON P., *Addenda a Busnelli (la tutela aquiliana del credito)*, in Riv.crit.dir.priv., 1987, pag. 303 ss.

CENDON P.-ZIVIZ P., *Danno X, Danno esistenziale*, in Enc.giur. X.

CENDON P.-ZIVIZ P., *Vincitori e vinti (dopo la sentenza C.Cost. n. 233/2003)*, in Giur.it. 2003, pag. 1777 ss.;

CENDON P.-ZIVIZ P., *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano 2003;

CHINDEMI R., *Il c.d. danno parentale*, in Resp.civ.prev. 2006.

CIMAGLIA G.- *Danno biologico. Le tabelle di legge*, Milano

ROSSI P., 2006

CINELLI M., *Immissioni, inquinamento e responsabilità civile*, in Giur.merito, 1973, pag. 17 ss..

COASE R., *The Problem of Social Costs*, 3 J.Law Econ, 1960;

COMPORTI M., *Diritti reali in generale*, in Trattato di diritto civile e commerciale,diretto da A.CICU-F.MESSINEO,

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele*, Padova, 2003.

CORRIAS P., *Considerazioni sulla valutazione dell'importanza dell'inadempimento ai fini della risoluzione del contratto*, in Riv.giur.sarda, 1991, pag. 667 ss..

CUBEDDU M.G., *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995;

DA OCKHAM G., *Quaestiones et decisiones in quattuor libros Sententiarum Petri Lombardi* (ed. Lugd., 1495), i, dist. 27, qu. 2, K

DANGIBEAUD M.-RUAULT M., *Les désagréments du préjudice d'agrément*, D. 1981, pag. 157 ss. ;

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979

DE CUPIS A.. *Danno (dir.vig.)*, in Enc.dir. XI.

DE GIORGI, M.V. *Danno II, Danno alla persona*, in Enc.giur. X;

DEJANA G., *Legittimazione passiva del locatore all'azione reale per le immissioni illecite prodotte dal conduttore*, in Giur.compl.Cass.civ., 1951, pag. 15 s.;

DEUTSCH E., JZ 2002, pag. 588 ss.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.

DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007 *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007

DI MAJO A., *Una dottrina unitaria della obbligazione civile (a propostio del secondo libro del BGB)*, in Europa e dir.priv. 1998, pag. 229 ss.

DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in Europa e dir.priv. 2008, 289 ss..

DI MAJO A., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in Riv.dir.civ., 2006, pag. 67 ss.;

DI MAJO A., *Forme e tecniche di tutela*, in Foro it. 1989, pag. 132 ss.; ID. *Tutela*, in Enc.dir. XLV.

DI MAJO A., *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in Riv.dir.civ., 2005, pag. 243 ss.

DI MAJO A., *L'avventura del danno biologico: considerazioni in punta di penna*, in Riv.crit.dir.priv., 1996, pag. 299 ss.;

DI MAJO A., *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*, Europa e dir.priv. 2006, pag. 30 ss.

DI MAJO A., nel commento a Cass. S.U. sent. n. 26972/08.

DI MAJO A.,. *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione degli interessi legittimi*, in Corr.giur. 2000, pag. 389

DI MARTINO P., *La responsabilità del terzo "complice" nell'inadempimento contrattuale*, in Riv.trim.dir.proc.civ., 1975, pag. 1386 ss.

DI SABATINO E., *Dal mobbing allo stalking allo straining*., in La resp.civile, 2007, pag. 171 ss.;

DIEDERICHSEN U., *Neues Schadensersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung*, in VersR 2005, pag. 433 ss.

DUPICHOT J., *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Paris, 1969;

EBENE CORBELLI M.C., *Reintegrazione in froma specifica*, in Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale a cura di G.VISINTINI, Milano, 1984, pag. 98 ss.;

EDLOW R.B., *The Stoics on Ambiguity*, in Journal of the History of Philosophy, 1975, pag. 423 ss.;

EHLERS H.J., *Logic: Modern and Traditional*, Columbus, O., 1976, pag. 82 ss, 190 ss.;

ESSER J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt, 1972.

FALZEA A., *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, ivi, pag. 679 ss.;

FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro attuazione*, in Riv.dir.civ., 1987, pag. 1 ss.

FAZZALARI E., *Tutela giurisdizionale*, in Enc.dir. XLV;

FAZZALARI E., *Provvedimenti cautelari (dir.proc.civ.)*, in Enc.dir. XXXVII.

FERRI G.B., *Le temps retrouvé dell'art. 2059*, in Giur.cost. 2003, pag. 1990 ss.;

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2004, pag. 160 ss.;

FISCHER H.A., *Der Schaden nach dem BGB*, München, 1903.

FLASCH K., *Das philosophische Denken im Mittelalter*, Stuttgart, 1986.

FOFFA R., *Il danno tanatologico e il danno biologico terminale*, in Danno e resp., 2003;

FOGELIN R.J., *Understanding Arguments*, New York, 1978, pag. 73 ss.

FRANZONI M. *Il danno risarcibile*, in Trattato della responsabilità civile, diretto da M.Franzoni, Milano, 2004.

FRANZONI M., *L'illecito*, in Trattato della responsabilità civile, diretto da M.Franzoni, Milano, 2004.

FRANZONI M., *Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona*, in Resp.civ.prev., 2001, pag. 777 ss..

FREISE, VersR 2001, pag. 539 ss.;

GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in Contr.e impr., 1985, pag. 19 ss.;

GAMBARO A., *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello stato*, ivi, pag. 355 ss.

GAZZONI F. *L'art. 2059 e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in Resp.civ.2003, pag. 1292 ss.;

GAZZONI F., *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo pseudodanno psiocoesistenziale*) in Riv.dir.comm. 2000, pag. 685;

HACKS-RING-BÖHM, ADAC-*Handbuch Schmerzensgeldbeträge*, Libro con CD-ROM, 24° ed. 2004;

HARTKAMP A. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004.

HEGEL G.W.F., *La fenomenologia dello spirito*, a cura di E. DE NEGRI, Firenze 1933;

HONSELL H., *Herkunft und Kritik des Interessebegriff in Schadensersatzrecht*, in JuS 1973,

JAEGER L.-LUCKEY J., *Das neue Schuldrecht*, Münster 2002;

JEMOLO A.C., *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*, in Foro it. 1971, pag. 1284,

KARCZEWSKI, VersR 2001, pag. 1070 ss.;

KATZENMEIER C., *Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld*, in JZ 2002, pag. 1029 ss.

KATZENMEIER, C ZZP 2002, pag. 57 s., 86 ss.

LAMBERT-FAIVRE Y. -PORCHY-SIMON S.,. *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Paris, 2008

LANGE H., *Schadensersatz*, Tübingen, 1979.

LARENZ K., *Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegrifff im Schadensersatzrecht*, in VersR., 1963.

LARENZ K., *Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht*, in Festschrift für Nipperdey, München-Berlin, 1965,

LE ROY M., *La réparation des dommages en cas de lésions corproelles : préjudice d'agrément et préjudice économique*, D. 1979, pag. 49 ss.;

LIBERTINI M., *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in Contr.e impr. 1987, pag. 85 ss..

LIBERTINI M., *Nuove riflessioni in tema di tutela inibitoria e di*

risarcimento del danno, in Riv.crit.dir.priv., 1995, pag. 395 ss.;

LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti a violazione di norme antitrust*, in Danno e resp., 2004, 937 ss.

LOJACONO V., *Immissioni*, in Enc.dir. XX;

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino 2005.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2007, pag. 179 ss.;

MARELLA M.R., *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000.

MARELLA M.R., *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in Giur.it., 1985.

MASTROPAOLO F. *Violazione del diritto alla salute, lesione e danno: ancora qualche considerazione a proposito del cosiddetto "danno biologico"*, in Giur.it. 1984, pag. 3 ss.;

MASTROPAOLO F. *La nozione di "danno biologico",* in Giust.civ. 1991, pag. 275 ss.;

MASTROPAOLO F., *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli 1983;

MATTEI U. *Immissioni*, in Dig.Priv.sez.civ. IX;

MAZEAUD H.-L. – TUNC A.- CHABAS F., *Léçons de droit civil. Obligations : Théorie générale*, Paris, 1985

MAZZAMUTO S., *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in Europa e dir.priv. 2008, 349 ss..

MAZZAMUTO S., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in Europa e dir.priv., 2007, pag. 585 ss..

MCGREGOR H., *Personal Injury and death* in International Encyclopedia of Comparative Law, XI, Torts, Tübingen, 1972.

MEDICUS D.-LORENZ S., *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, 2008.

MELENNEC L., *L'indemnisation du préjudice d'agrément*, Gaz.Pal. 1976, pag. 581 ss.

MENGONI L., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, Jus, 1973, pag. 3 ss.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Riv.crit.dir.priv. 1986, pag. 12 s.

MESSINETTI D., *Il danno giuridico*, in Enc.dir. Aggiornamento I,

MESSINETTI D., *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in Riv.crit.dir.priv. 2007, pag. 555 ss.

MESSINETTI D., *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in Riv.crit.dir.priv. 2007, pag. 555 ss.,

MESSINETTI D., *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi, e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in Riv.crit.dir.priv. 2006, 543 ss.

MESSINETTI D., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali, in Europa e dir.priv*. 2005, pag. 605 ss.

MESSINETTI D., *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in Riv.crit.dir.priv., 2006, pag. 543 ss.;

MOMMSEN T., *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855,

MONATERI P.G., *Il brontosauro alla resa dei conti? "I will survive"*, in Danno e resp. 2002, pag. 856 ss.;

NANNI L., *Art. 1455 c.c.*, in Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Bologna, 2007;

NAPPI F., *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli, 1985;

NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1006; ID. La *Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri",* in Foro it. 2003, pag. 2201 ss.;

NAVARRETTA E., *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, ivi, pag. 2272 ss.;

NEPPI MODONA G., *Reato impossibile*, in Digesto Pen. XI.

NEUNER R., *Interesse und Vermögensschaden*, AcP, 133 (1931), pag. 277 ss.

NICOLUSSI A., *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, pag. 700 s..

OEKTER H., *§ 253 BGB*, in Münchener Kommentar zum BGB, München 2007, pag. 482 s..

OTTO, NZV2001, pag. 335 ss.;

PACIFICO M., *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli 2008.

PARADISO M., *Il danno alla persona*, Milano, 1981

PARDOLESI R., *Azione reale e azione di danni nell'art. 844 c.c. Logica economica e logica giuridica nella composizione del conflitto fra usi incompatibili delle proprietà vicine* ., in Foro it., 1977, pag. 1144 ss.

PATTI S. *Danno patrimoniale*, in Enc.dir. X.

PEZZELLA V., *Stalking*: *dalla molestia alla persecuzione - L'ordinamento non conosce ancora un'autonoma figura di reato - I rimedi giurisprudenziali*, in Dir. e giust. 2005, pag. 51 ss.;

PIRAINO F., *"Ingiustizia del danno" e antigiuridicità*, in Europa e dir.priv. 2005, pag. 703 ss.

POLETTI P., *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in Contr.e impr. 1987, pag. 125 ss.;

PONZANELLI G. (a cura di) *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, a cura di, Padova, 2007.

PONZANELLI G., *Critica del danno esistenziale*, Padova 2003;

PONZANELLI G., *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in Danno e resp. 2000, pag. 693;

PONZANELLI G., *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in Danno e resp. 2006, pag. 849 ss.;

POUND R., *Introduction to the Philosophy of Law, Revised edition, New Haven, 1954;*

Principles of European Tort Law, (trad. a cura di F.D.BUSNELLI-G.COMANDÉ),

AA.VV. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR).*München, 2009.

PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*,

Torino 2008.

RAVAZZONI A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962.

RECCHIONI S., *Periculum in mora (nel processo cautelare civile),* in Digesto Priv. sez.civ., Aggiornamento ***

RECCHIONI S., *Il processo cautelare uniforme*, in Trattato sui processi speciali a cura di S.CHIARLONI – C.CONSOLO, Torino, 2005, pag. 133 ss.;

RECCHIONI S., *Il pericolo come elemento della fattispecie processuale cautelare: il pericolo come relazione fra eventi*, in Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia, Milano 2005, pag. 1431 ss.

RÖD W., *Der Weg der Philosophie*, München, 1994

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

RODOTÀ S., *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in Quad.fiorentini, 1976-77, pag. 898 ss.

SALVI C., La *responsabilità extracontrattuale (dir.vig.),* in Enc.dir. XXXIX,

SALVI C., *Danno*, in Digesto, Priv.sez.civ. V.

SALVI C., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, ibid. pag. 481 ss.;

SALVI C., *La proprietà fondiaria*, in Trattato di diritto privato, diretto da P.RESCIGNO, La proprietà, IV, pag. 387 ss.;

SALVI C., *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e*

tutela dell'ambiente, Milano, 1979;

SANTAGATA C., *Le fusioni*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E.COLOMBO e G.B. PORTALE, pag. 606 ss.

SCHIEMANN G., § *253 BGB*, in Staudingers Kommentar zum BGB, Berlin 2005.

SCHLECHTRIEM P., *Schadensersatz und Schadensbegriff* in ZEuP 1997,

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale*, in Riv.dir.civ., 1957, pag. 277 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Appunti sulla nozione di danno*, in Riv.trim.dir. e proc.civ., 1969, pag. 468 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1957, pag. 204 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale),* in Riv.dir.civ. 1957, pag. 277 ss.;

SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento*, in Il Codice Civile. Commentario a cura di P.SCHLESINGER e F.D.BUSNELLI, Milano, 2007;

SLIZYK-SCHLINDWEIN, IMMDAT, *Die Schmerzensgeld-Datenbank*, CD-ROM con manuale. H.J.MUSIELAK, VersR 1982, pag. 613 ss.

SPALLAROSSA M.R., Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contatto, in Riv.dir.civ. 1972, pag. 460 ss.;

STARK B., *La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privé*, Paris, 1947.

STICKELBROCK B., JZ 2002, pag. 634 ss.;

STRACHE K.H., Das Denken in Standards, *Berlin, 1968;*

TEUBNER G., *Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt a.M., 1971.*

TRIMARCHI P., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in Riv.dir.civ., 2002, pag. 637 ss..

TRIMARCHI P., *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in Riv.dir.civ., 1983, pag. 217 ss.

TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961

TUNC A., *La sécurité routière*, Paris, 1966,

TUNC A., *Sur un projet de loi en matière d'accidents de la circulation*, Rev.trim.droit civil 1967, pag. 82. ss.;

TUNC A., *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Paris, 1981,

TURCO C., *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in Riv.crit.dir.priv., 1987, pag. 93 ss.

V. BAR C., *Das Schadensersatzrecht nach dem Zweiten Schadensersatzrechtsänderugsgesetz*, in E.LORENZ (a cura di), Karlsruher Forum 2003, Karlsruhe, 2004, pag. 7 ss.

V. BAR C., *Study Group on a European Civil Code*, in G.ALPA-G.BUCCICO (a cura di), Il codice civile europeo, Milano 2001.

VASSAS R., *Le préjudice d'agrément*, Gaz.Pal. 1961, pag.

460 ss.;

VINEY G., *Les obligations. Les conditions de la responsabilité*, in J.GHESTIN, Traité du droit civil, Paris, 2006.

VINEY G., *Les obligations,. La responsabilité : effets*, in Traité de droit civil, sous la direction de J.GHESTIN, Paris, 1988 , pag. 195 ss.;

VINEY G.- JOURDAIN P, *Les conditions de la responsabilité*, in Traité de droit civil, sous la direction de J.GHESTIN, Paris, 2006,

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, pag. 627 ss.

VISINTINI G., *La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali*, in Contr.e impr. 1985, pag. 651 ss.;

VISINTINI G., *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, in Riv.dir.civ. 1974, pag. 681 ss.;

VITTORIA D., *Un "regolamento di confini" per il danno esistenziale*, in Contr.e impr. 2003, pag. 1217 ss.;

VON CAEMMERER E., *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, in Gesammelte Schriften, I, Tübingen, 1968

WAGNER G., *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, Stuttgart, 2006.

WAGNER G., Das *Zweite Schadensersatzrechtsänderugsgesetz*, in NJW 2002, pag. 2049 ss.;

ZEUNER A., *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden*, in AcP 163 (1964).

ZICCARDI F., *L'induzione all'inadempimento*, Milano 1979;

ZIVIZ P., *Danno X, Danno esistenziale (postilla di aggiornamento),* in Enc.giur. X.

ZIVIZ P., *Chi ha paura del danno esistenziale?*, in Resp.civ.prev. 2002, pag. 793 ss.;

ZIVIZ P., *E poi non rimase nessuno*, in Resp.civ.prev. 2003, pag. 709 ss.;

ZIVIZ P., Danno X, Danno esistenziale – Postilla di aggiornamento, in Enc.giur. X.