

Ci pare, quindi, che, anche accogliendo tale teoria ricostruttiva del fenomeno, non si arrivi a superare la regola dell'inasscurabilità degli illeciti dolosi, ma semplicemente a rinvenire uno strumento di tutela del terzo danneggiato alternativo rispetto al contratto di assicurazione.

ASSICURAZIONE E RESPONSABILITÀ PENALE

CAPITOLO III

SOMMARIO: 1. Interferenze tra assicurazione e delitto nei primordi del contratto di assicurazione. — 2. Assicurazione marittima e contrabbando. — 3. Dall'inasscurabilità degli illeciti all'inasscurabilità delle pene. — 4. Risarcimento e pena. — 4.1. L'approccio descrittivo nella distinzione tra pena e risarcimento. — 4.2. tentativi di operare una distinzione ontologica tra pena e risarcimento; — 4.3. La dicotomia tra pena e risarcimento nella partizione tra offesa e danno.

1. Interferenze tra assicurazione e delitto nei primordi del contratto di assicurazione.

Abbiamo avuto già modo di considerare come i giuristi, che per primi affermarono la validità del fenomeno del contratto di assicurazione, provvidero altresì ad individuare i limiti del rischio assicurabile dichiarando, in generale, nullo il contratto mediante il quale si presti garanzia per un'attività illecita (1), in quanto potrebbe rappresentare un incentivo a « delinquere » per il titolare dell'indennizzo (2).

Sulla base di tali motivazioni sono fondate le argomentazioni contro la liceità dell'assicurazione sulla vita in quanto suscettibile di rappresentare un *volunt captandae mortis* (3).

(1) V. *supra* capitolo II, § 1.

(2) I giuristi dell'epoca considerano per tal motivo illecito il contratto di assicurazione ove nella determinazione dell'evento coperto ricorrano le clausole « *si occideris* » o « *si occideretur* ». In tal senso A.D.P. SANTERNA, *Tractatus perutilis et quotidianus*, cit., p. 545, n. 10.

(3) Sul punto A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 301.

I dubbi sull'assicurabilità della vita saranno però dissipati già nell'800. Nella seconda metà del XIX secolo si dirà che, sebbene la vita possa parere inasscurabile in quanto si tratta di un bene non avente un prezzo di mercato, non è dato rinvenire alcun

delle assicurazioni delle canzioni nel mercato assicurativo italiano, in *Assic.*, 1956, I, p. 27 ss.; M. STORI, *Natura giuridica dell'assicurazione canzioni*, in *Assic.*, 1958, I, p. 61 ss.; B. SALEMI, *L'assicurazione del credito-polizze fidejussorie-canzioni*, Milano, 1959, p. 6 ss.; R. IPIRRO, *Assicurazione di responsabilità e polizze c.d. fidejussorie*, in *Assic.*, 1985, I, p. 92 ss. In giurisprudenza si contano alcune pronunce sia di legittimità che di merito a favore della assimilabilità del fenomeno al contratto di assicurazione. Cfr. Cass. 14.3.1978, n. 1292, in *Assic.*, 1978, II, 2, 73; Cass. 24.11.1979, n. 6152, *invi.*, 1980, II, 2, 32 (s.m.); Trib. Pavia 20.4.1984, in *Resp. Civ. prev.*, 1991, 516; Trib. Napoli 15.6.1991, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II, 91; Trib. Genova 5.5.1995, in *Assic.*, 1996, II, 2, 20.

Per una critica alla ricostruzione dell'assicurazione obbligatoria come fidejussione legale v. M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 36.

Con riferimento al tema oggetto del presente capitolo, però, assumono uno speciale interesse le considerazioni di alcuni dei primi Autori di trattati di diritto delle assicurazioni in merito alla liceità della copertura assicurativa di attività *contra legem*, come ad esempio il contrabbando (4).

È su tale ipotesi che intendiamo soffermare la nostra attenzione in quanto descrive un limite alla validità del contratto di assicurazione rappresentato appunto da una possibile relazione di questo con le attività che risultano contrarie ad interessi generali e che trovano una risposta dell'ordinamento in sanzioni punitive.

2. Assicurazione marittima e contrabbando.

Con riferimento al problema dell'assicurabilità delle merci contrabbandate assumono una particolare rilevanza, sotto il profilo della relazionabilità tra illecito e assicurazione, le costruzioni teoriche che sul punto si sono succedute nel senso di un progressivo ampliamento dei confini del rischio assicurabile: dal rifiuto assoluto per la assicurabilità di qualunque evento collegato, anche solo indirettamente, alla commissione di atti di contrabbando, in quanto si tratterebbe di un contratto volto ad agevolare condotte contrarie all'ordine pubblico (5), si passa ad individuare possibili spazi all'autonomia delle parti in dipendenza del diverso modo di relazionarsi dell'evento garantito con l'attività illecita.

In tal senso già alla fine del '700 vi sarà chi tenterà una distinzione (6), poi ripresa anche successivamente nell'800 (7), tra il contrabbando finanziario e il contrabbando di guerra.

Si considerano merci di contrabbando finanziario quelle di

divieto in merito. Così L. BORSARI, *Codice di commercio del regno d'Italia*, pt. 2, Torino-Napoli, 1869 p. 377.

(4) Tale esempio in particolare è tratto da B. M. ÉMERIGON, *op. cit.*, pp. 210-211.

(5) Cfr. B. M. ÉMERIGON, *op. loc. cit.*

(6) Intendiamo riferirci a A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 233 ss.

(7) Vedi A. SACERDOTTI, *op. cit.*, p. 124 ss.

cui è proibita l'importazione e l'esportazione nonché quelle che hanno passato la frontiera senza pagare il dazio.

In quest'ultimo caso, poiché l'illecito si compie nel momento in cui la merce soggetta a dazio varca la frontiera senza la corresponsione della tassa prevista, sarà nulla l'assicurazione con cui si garantisce il rischio della confisca governativa per il fatto del contrabbando (8).

Solo in tale ipotesi, infatti, il contratto di assicurazione verrebbe a coadiuvare l'atto illecito.

L'assicurazione che copra i rischi del viaggio fino alla frontiera, invece, non avrebbe ad oggetto un'attività *contra legem* dal momento che l'illecito si compie solo in corrispondenza del mancato pagamento della tassa prevista per l'esportazione della merce all'estero.

Diversamente in caso di commercio di beni, per il quale è imposto solo un generico divieto di importazione o di esportazione, il contrabbando si consuma con lo stesso trasporto e messa in commercio del bene (9). In tal caso sarà allora illecita anche

(8) Cfr. A. SACERDOTTI, *op. loc. ult. cit.*

(9) Sul punto viene ad inserirsi una discussione in ordine alla possibile estensione di tale illecità. Ci si chiede, infatti, se sia nullo solo il contratto di assicurazione contrattante con le leggi dello Stato in cui è avvenuta la stipulazione oppure se si possa avere nullità anche per la violazione di leggi degli altri Stati in cui si svolge l'attività assicurata.

A favore della prima soluzione si esprime B. M. ÉMERIGON, *op. loc. cit.* Si tratta di una soluzione che ha trovato successivamente seguito in J. BÉDARIDE, *Commentaire du code de commerce*, libro II, *De commerce marittime*, t. XIII, Paris, 1859, p. 208 ss., il quale osserva come sarebbe contraddittorio non sanare pene per l'introduzione di tali merci e poi considerare invalida l'assicurazione delle stesse. Ancora a sostegno di tale soluzione L. BORSARI, *op. cit.*, p. 382 ss. richiama il principio *locus regit actum*. Ad avviso di quest'ultimo però l'assicuratore sarà tenuto all'indennizzo solo ove l'assicurato l'abbia informato della legge proibitiva esistente nello Stato straniero. In tal senso v. anche A. SACERDOTTI, *op. loc. ult. cit.* Contra G. R. POTHIER, *Traité del contratto di assicurazione*, cit., p. 114 ss., il quale, nel richiamare la sentenza dell'Ammiraglio di Marsiglia del 30.6.1758 che dichiarava la validità di un contratto di assicurazione francese sopra merci di contrabbando per la legge spagnola, osserva criticamente che «Coloro che commerciano in un paese sono dal diritto delle genti e dalla legge naturale obbligati a conformarsi per questo commercio alle leggi del paese i cui lo fanno...» in caso contrario «...tal commercio è a dunque illecito e contratto alla buona fede; e per

l'assicurazione per il viaggio mediante il quale si compie l'attività vietata (10).

Altre sono le considerazioni compiute dagli Autori citati con riferimento al contrabbando di guerra (11).

Al riguardo la dottrina distingue il contrabbando di guerra in senso lato da quello il senso stretto (12). Il primo è rappresentato dalla violazione del blocco dei traffici commerciali in genere tra due paesi nemici. Il secondo, invece, riguarda la violazione del divieto, imposto agli Stati neutrali di somministrare mezzi propri di guerra agli Stati belligeranti oppure la violazione del divieto di fornire armi allo Stato nemico.

Tali distinzioni trovano impiego ai fini della soluzione della questione dell'assicurabilità.

Per quanto concerne il contrabbando in senso lato, come nel caso del contrabbando finanziario per mancato pagamento del dazio, la violazione si consuma nel momento in cui si ha il passaggio verso lo Stato in cui opera il blocco.

Quindi sarà nullo il contratto di assicurazione mediante il quale l'assicuratore si impegna a versare un indennizzo per il caso di confisca della merce contrabbandata (13).

Con riferimento al contrabbando di guerra in senso stretto, in

conseguenza il contratto di assicurazione fatto per favorire ed assicurare questo commercio assoggettando l'assicuratore al rischio di confisca, al quale è esposto, è particolarmente illecito e non può per conseguenza produrre alcuna obbligazione».

(10) Si precisa altresì che « la nullità poi qui si verifica anche se fosse exceptio il rischio di presa per la violazione della legge proibitiva, poiché se potesse l'assicurato, in caso di sinistro durante il viaggio percepire il compenso sfuggirebbe egli in seguito al sinistro alla pena sancita per l'atto suo contrario all'ordine pubblico »: così A. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 127.

(11) Cfr. A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 235 e A. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 134 ss.

(12) Cfr. A. SACERDOTI, *op. cit.*, pp. 134-135.

(13) Altro è il problema dell'assicurabilità delle merci nemiche. Si potrebbe infatti vedere nell'assicurazione delle merci nemiche una violazione del principio di diritto pubblico della preda. Sul punto L. BORSARI, *op. cit.*, p. 382.

Per contro A. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 134 ss. osserva che tale principio sia ormai condannato dalla maggioranza dei giuristi e inoltre che favorire un tale commercio non vuol dire agevolare il nemico come sarebbe nel caso del contrabbando di guerra in senso stretto.

considerazione del fine che deve guidare il commercio perché questo possa dirsi vietato, ovvero fornire mezzi di guerra allo Stato belligerante o allo Stato nemico, sarà nulla solo l'assicurazione che favorisca in genere un simile traffico commerciale (14).

Come per il caso del contrabbando di merci di cui è vietata l'importazione e l'esportazione in tal caso l'illecito si consumerebbe con lo stesso trasporto di mezzi di guerra verso la frontiera. Quindi sarebbe invalida in genere l'assicurazione di tale trasporto.

Il giudizio sulla liceità del rischio assicurato risulta così improntato esclusivamente al principio di prevenzione degli illeciti in applicazione del quale il contratto di assicurazione sarà nullo allorché la garanzia con esso prestata finisce per coadunare la commissione incentivandone il compimento.

3. Dall'assicurabilità degli illeciti all'assicurabilità delle pene.

Il binomio tra illiceità della condotta assicurata e illiceità del contratto di assicurazione è ancora presente in uno dei più importanti trattati del '900 in materia di diritto delle assicurazioni (15).

L'Autore di tale opera, però, compie una sottile distinzione tra il caso in cui l'evento assicurato sia direttamente connesso con un'attività illecita ed il caso in cui questa ne rappresenti una mera occasione (16).

Così, affinché si possa parlare di rischio inassicurabile,

(14) Al riguardo particolare rilievo assumevano le simulazioni del rischio assicurato. Sulla loro validità si osserva come « la simulazione per coprire i rischi dei sudditi di nazioni belligeranti non solo è permessa, ma è in uso presso tutte le Nazioni commercianti, giacché i diritti della guerra non devono impedire ai neutrali il loro libero commercio ed i giuristi ammettono che per evitare i danni o cagionarne ai nemici è permesso usare delle stratagemmi e delle simulazioni »: così A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 237.

(15) Intendiamo riferirci all'opera di A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione*, cit., p. 141 ss.

(16) Così A. DONATI, *op. loc. cit.* Tale distinzione avrebbe trovato spazio anche nella giurisprudenza: v. Cass. 23.2.1963, n. 434, in *Assic.*, 1964, II, 2, 4.

l'evento coperto dovrebbe essere non solo direttamente riferibile all'assicurato (17), ma anche in relazione di causa effetto con un'attività illecita.

In tal senso viene portato come esempio quello dell'assicurazione incendi di una casa di tolleranza. In questa ipotesi il fatto che l'edificio assicurato sia adibito ad un'attività *contra legem* non è causa dell'evento coperto rappresentato dall'incendio. Una simile copertura assicurativa è, pertanto, pienamente lecita.

Diverse saranno le conclusioni ove la copertura abbia ad oggetto, ad esempio, il debito contratto per organizzare l'attività di meretricio. In tal caso, infatti, l'attività illecita è causa immediata e diretta dell'evento dannoso.

Altra parte della dottrina notava, però, come questa distinzione presenti una forte discrasia col sistema delineato dal nostro codice civile il quale espressamente riconosce l'assicurazione della responsabilità civile, purché non derivante da dolo (18), sebbene l'evento assicurato, ovvero la perdita pecuniaria derivante dall'adempimento dell'obbligazione risarcitoria, trovi la propria causa immediata e diretta in un'attività illecita.

L'argomentazione, secondo cui è nullo il contratto di assicurazione mediante il quale si presta copertura assicurativa per eventi che si rapportano ad un'attività illecita secondo una relazione di causa-effetto, entra così in crisi per la sua eccessiva ampiezza nel momento in cui si riconosce l'assicurabilità degli illeciti civili.

Una soluzione che salvi il binomio illecità dell'attività assicurata e nullità del contratto potrebbe allora essere quella di operare una distinzione tra illecità penale o amministrativa e illecità civile (19).

(17) L'evento assicurato deve essere conseguenza di un'attività posta in essere da parte dell'interessato non rilevando l'attività di soggetti terzi quali il preposto. Sul punto A. DONATI, *op. cit.*, p. 143.

(18) In tal senso A. DE GREGORIO-G. FANELLI, *Diritto delle assicurazioni: il contratto di assicurazione*, vol. II, cit., p. 84 nota 9.

(19) Una particolare ipotesi di interferenza tra assicurazione e delitto è individuata dall'art. 2 della Legge 8/1991. Al I comma di tale disposizione è previsto che

Si potrebbe, infatti, distinguere, ai fini di una valutazione sulla liceità del rischio assicurato, l'illecito penale o amministrativo dall'illecito civile ritenendo inassicurabili solo le conseguenze dei primi in quanto ordinate a finalità pubblicistiche e, quindi, sottratte alla disponibilità dei privati.

Anche una simile soluzione, però, non appaga, in quanto le conseguenze sul piano sanzionatorio dell'illecito penale e dell'illecito amministrativo non paiono rappresentare una categoria unitaria ma al loro interno possono individuarsi sia autentiche pene sia rimedi non ispirati ad i principi del sistema punitivo.

Tali considerazioni hanno portato la Suprema Corte a concludere nel senso che rientrano nella copertura del rischio di guerra come spese di salvataggio anche le somme richieste ed

« chiunque stipula contratti di assicurazione aventi ad oggetto la copertura del rischio, nel territorio dello Stato, di sequestro di persona a scopo di estorsione è punito con la reclusione... » e al II comma che « i contratti di assicurazione aventi ad oggetto, sotto qualsiasi forma, il rischio del sequestro di persona a scopo di estorsione sono nulli. »

E quindi inassicurabile il rischio di sequestro che potrebbe trovare copertura in una polizza che preveda l'indennizzo del danno rappresentato dalla spesa sostenuta per adempiere alle richieste dei rapitori.

La dottrina che si è interrogata sulla ratio di una simile disposizione è giunta alla conclusione che la ragione di tale divieto riposi nella considerazione che un siffatto contratto di assicurazione potrebbe incoraggiare i rapitori alla commissione dell'atto delittuoso e allo stesso tempo dissuadere la vittima dal ricorso a più energiche e costose misure autoprotettive. Sul punto A. LA TORRE, *Echi dell'antico dibattito sul contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1995, I, p. 340.

In vero una simile ragione ci pare non giustificare in maniera soddisfacente le conseguenze che la legge pone per il caso di inosservanza del divieto. Si tratta, infatti, di sanzioni non solo sul piano della validità-invalidità del contratto ma anche sul piano delle limitazioni della libertà personale del contraente.

La logicità del divieto di assicurazione del sequestro, corroborato dall'esistenza di una sanzione punitiva in caso di violazione, è per contro evidente se coordiniamo tale divieto col contenuto dell'art. 1 della legge in esame.

Infatti la stipulazione di una polizza per il sequestro è in contrasto con sistema che l'ordinamento italiano ha adottato per la prevenzione dei sequestri di persona ovvero il sequestro di beni appartenenti alla persona sequestrata, al coniuge e ai parenti e affini conviventi.

Pertanto la stipulazione di una polizza rappresenterebbe non solo uno strumento incentivante l'attuazione di sequestri, ma potrebbe comportare anche una violazione indiretta della norma penale in quanto costituirebbe un mezzo per aggirare il sistema del sequestro di beni disposto dalla legge in esame.

ottenute dalle autorità di uno Stato estero per il riscatto di navi sequestrate per pesca abusiva nel caso in cui tali somme non rappresentino una sanzione punitiva (20).

Non sarebbero, infatti, rinvenibili ragioni di ordine pubblico che ostracolano la copertura di perdite conseguenti all'illecito diverse dalla pena.

Occorre inoltre considerare come uno stesso fatto può risultare suscettibile di essere qualificato, ad un tempo, sia come illecito penale che come illecito civile fonte di un'obbligazione risarcitoria assicurabile.

Quindi, al fine di individuare i limiti all'assicurabilità degli illeciti, la qualificabilità o meno degli stessi in termini di reato non pare un criterio risolutivo della questione (21).

Sarebbe allora opportuno rivedere la distinzione sopra delineata tra causa e occasione illecita dell'evento assicurato onde individuare i confini dell'assicurabilità del rischio.

Sebbene non vi siano dubbi che, se l'attività illecita è una mera occasione dell'evento assicurato, tale circostanza non incide in alcun modo sulla validità delle delimitazioni contrattuali del rischio, non sembra che si possa arrivare ad una conclusione speculare per il caso in cui sia illecita la causa dell'evento coperto. Come abbiamo visto esistono, infatti, perdite derivanti in via diretta ed immediata dall'illecito, che sono assicurabili.

Occorre, quindi, fermare la nostra attenzione sull'attività illecita come causa dell'evento coperto e rimettere in discussione in primo luogo lo stesso binomio tra attività illecita e inassicura-

(20) Così Cass. 25.10.1984, n. 5437, in *Arsic.* 1985, II, 2, 69, con nota conforme di E. VINCENZINI, *Sequestro di nave per pesca illegale in acque territoriali straniere, polizza rischi guerra e copertura del rischio.*

(21) Sul punto F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 19 ss. il quale appunto osserva come bisogna considerare il diritto civile e il diritto penale come due ordinamenti idonei a tradurre in termini diversi, secondo i diversi criteri che li dominano, fatti identici. Uno stesso fatto può, così, avere risultanze giuridiche diverse a seconda dell'ordinamento civile o penale che ne compie la valutazione.

Quindi il fatto, che l'ordinamento qualifica in termini di torto (civile o penale), rimane lo stesso ma diversa è la sanzione.

bilità del rischio da cui erano partiti gli Autori che per primi si sono occupati del tema.

In realtà il rischio assicurato rappresenta la possibilità oggettiva di accadimento dell'evento dannoso coperto e non è delineato, se non in via indiretta, dalla causa da cui quest'ultimo origina.

Al fine di verificare se una data delimitazione del rischio sia o meno conforme a ordine pubblico e buon costume, non basterà fermarsi a considerare la liceità dell'attività causa dell'evento assicurato, ma sarà necessario verificare quale sia la natura di tale evento e come lo stesso si relazioni con i principi dell'ordinamento.

Del resto questa soluzione ci viene suggerita proprio dalla decisione della Cassazione poc'anzi citata (22), la quale ammette la copertura delle spese del sequestro non tanto perché influenzata dalla più liberale prassi inglese, come suggeriscono alcuni Autori (23), ma perché si tratterebbe di somme « non collegate con l'irrogazione di una sanzione penale » e (24), in quanto tali, non legate in alcun modo con i principi di ordine pubblico su cui si regge il sistema delle sanzioni punitive.

La sentenza della Corte ci offre l'occasione per individuare una delle conseguenze dell'attività illecita considerata inassicurabile: il detrimento che si determina nella sfera del soggetto assicurato a seguito della irrogazione di una sanzione punitiva conseguente a sua volta alla condotta illecita tenuta da quest'ultimo (25).

Le sanzioni punitive, infatti, rappresentano uno strumento

(22) V. *supra* nota 20.

(23) In tal senso A. De GREGORIO-G. FANELLI, *op. loc. cit.*

(24) La motivazione della S.C. risulta più chiara se confrontata col caso concreto. La somma non rappresenterebbe né una multa, visto che quanto pagato superava largamente la pena pecuniaria prevista dallo Stato del Gambia per pesca abusiva, né sarebbe dovuta a titolo di riscatto per il sequestro della nave e la detenzione dell'equipaggio devoluta a titolo di riscatto per il sequestro della nave e la detenzione dell'equipaggio avvenuti *contra legem* e che parte della somma era stata versata a personale benefico del capo della polizia.

(25) Sul punto vi è concordanza di opinioni nel ritenere contraria all'ordine pubblico l'assicurazione di una sanzione punitiva. In dottrina in particolare in tal senso

per correggere la dissimmetria prodottasi nell'ordine giuridico a seguito di un intervento antigiuridico di un soggetto (26).

Pare evidente che, se il fine di tale strumento sanzionatorio è quello di ricostruire l'ordine violato, allora lo stesso, a differenza delle sanzioni positive e delle obbligazioni risarcitorie, trova fondamento nel principio di effettività della sanzione inteso come certezza della pena (27), principio che si presenta evidentemente in inconciliabile contrasto con l'operazione assicurativa, in quanto la presenza di un terzo, l'assicuratore, il quale si assume il rischio che a un dato soggetto venga irrogata una sanzione punitiva, finisce per rendere assolutamente certa l'impunità del responsabile.

In ciò consisterebbe l'insanabile contrasto che la dottrina tedesca individua tra lo « *Strafzweck* » proprio delle sanzioni punitive e il contratto di assicurazione (28).

Il discorso vale sia per il caso in cui l'assicuratore si obblighi

C. VITTEBO, *op. ult. cit.*, pp. 88-89; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., p. 144.

La giurisprudenza è unanime nel ritenere nulli per illiceità di causa i contratti con cui si costituisce l'obbligo in capo ad un soggetto di tenere indenne il colpevole da una pena a lui inflitta. Così Cass. 24.1.1953, n. 209, in *Giust. Civ.*, 1953, 309; Cass. 4.6.1954, n. 1825, in *Giust. Civ.*, 1954, 1301; C. App. Palermo, 10-8-1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 268; C.App. Venezia, 21-7-1955, in *Giust. civ.*, 1955, 195.

In tal senso si è espressa anche l'ISVAR nella circolare del 22 maggio 1995 n. 246 ove si afferma che, in considerazione del carattere personale e affittivo di tali sanzioni, « il contratto di assicurazione che sollevi l'assicurato dal pregiudizio economico costituito dall'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie sia da considerare quale avente una causa e, quindi, una funzione economico-sociale illiceità per contrarietà all'ordine pubblico ex art. 1343 c.c. Infatti risulterebbero violati i sopradichiamati principi di personalità e affittività con innegabili conseguenze negative in relazione al potere deterrente delle sanzioni amministrative pecuniarie riguardo ai comportamenti futuri dei soggetti interessati ». Sulla specifica questione dell'assicurabilità delle sanzioni punitive v. *amblyus infra* parte I, capitolo 2, § 2.

(26) Sul punto F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1989, p. 309 ss.; Id., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999, 5^a ed., p. 23.

(27) V. in particolare F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria gen.)*, cit., pp. 309-310.

(28) In tal senso v. B. GROSSFELD, *op. loc. cit.*

a pagare un'indennità corrispondente alla sanzione punitiva pecuniaria inflitta al responsabile, sia per il caso in cui l'assicuratore si obblighi a versare un determinato indennizzo per il danno patito dall'irrogazione di una sanzione personale o interdittiva; si pensi all'ipotesi in cui l'assicuratore si obblighi a versare una determinata somma per ogni giorno di reclusione (29).

Nel primo caso il contratto di assicurazione contrasterebbe con la certezza della pena sia in punto di *an* che di *quantum*.

Nel secondo caso, sebbene la sanzione venga comunque irrogata a carico del responsabile, la corresponsione di un indennizzo inciderebbe sul detrimimento effettivamente patito dal reo e quindi sulla certezza della pena in relazione al *quantum*.

Altro è il discorso per le obbligazioni risarcitorie conseguenti ad un illecito civile mediante le quali l'ordinamento mira non a ripristinare l'ordine violato a seguito dell'illecito commesso, ma a riparare il danno concretamente subito dal danneggiato (30).

Il principio di effettività che domina le sanzioni punitive non appartiene al sistema delle obbligazioni risarcitorie in ordine alle quali l'ordinamento è preoccupato non tanto della certa afflizione del responsabile, ma piuttosto dell'effettivo ristoro del danneggiato.

Questo fa sì che l'obbligazione risarcitoria trovi nel contratto di assicurazione il proprio complemento perché tramite esso si

(29) Sulla effettività come certezza della pena v. recentemente F. GIUNTA, *L'Effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 416-425.

(30) La questione fa emergere il problema della distinguibilità tra illecito penale e illecito civile sotto il profilo della partizione tra sanzioni penali e obbligazioni risarcitorie civili. Sul punto rinviamo alla lettura di M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 865 ss. in particolare p. 887, il quale propone una netta separazione tra conseguenze civili e conseguenze penali dell'illecito. Contra C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 3 ss., il quale propone l'inserzione di una sorta di *tertium genus* tra sanzione penale e obbligazione risarcitoria civile. In senso analogo A. MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, pp. 598-599.

assicura la riparazione del danno subito anche ove lo stesso sia di notevole entità (31).

Sotto un diverso profilo il problema dell'assicurabilità delle pene si inserisce nella più ampia problematica della negoziabilità della pena ovvero della possibilità per i privati di dar vita a contratti che abbiano come oggetto appunto la sanzione punitiva irrogata dall'ordinamento (32).

Se si riconosce nella pena l'autentica espressione della *auctoritas* statale, in quanto essa costituisce una delle modalità in cui si attua la relazione pubblicistica tra Stato e soggetti privati, allora ogni negozio che venga a frapponersi ad un simile rapporto dovrà ritenersi nullo perché contrario agli stessi principi di ordine pubblico cui tale relazione è ispirata (33).

Per contro le perdite pecuniarie conseguenti all'adempimento di un'obbligazione risarcitoria saranno indennizzabili da parte dell'assicuratore in quanto questa rappresenta uno strumento del diritto privato posto a tutela degli interessi particolari dei privati e rimesso alla disponibilità di questi ultimi (34).

(31) Sulla relazione di complementarietà tra assicurazione e responsabilità civile v. in particolare G. ALPA, *op. loc. cit.*

(32) Il tema delle possibili interrelazioni tra contratto e pena è stato oggetto di riflessioni con particolare riguardo alla querela e al patteggiamento. In realtà entrambi patono qualificabili come atti di natura processuale. Discutibile appare quindi la loro qualificabilità in termini di contratto. Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 74.

Per qualificarli come negozi giuridici occorrerebbe recuperare le dottrine sul negozio processuale (Cfr. V. DENTI, voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, 1978, p. 138).

Tale categoria non sembra, però, confacente con l'autodeterminazione delle parti nella predisposizione del contenuto contrattuale. Per una simile idea non sembra infatti, esservi spazio nell'ordinamento processuale in cui la forma, il contenuto e gli effetti degli atti trovano la propria regolamentazione esclusivamente nelle norme di legge.

(33) Sul punto in particolare F. FERRARA, *Il negozio illecito*, Milano, 1902, p. 236.

(34) Così la distinzione tra pena assicurabile e risarcimento del danno assicurabile finisce per inserirsi nel più ampio discorso della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico fondata sulla considerazione che quest'ultimo è rappresentato in parte dal c.d. « diritto dei privati », ovvero un diritto che nasce dalle singole relazioni che gli stessi regolamentano secondo gli spazi che la legge lascia alla loro autonomia, v. W.

E, quindi, nella bipartizione tra responsabilità penale e responsabilità civile e nella correlata distinzione tra pena e risarcimento che riposa uno dei principali limiti di ordine pubblico all'assicurabilità del rischio (35).

Si tratta, però, di un limite destinato a seguire le sorti di tali concetti, per cui l'evolversi della realtà giuridica, cui gli stessi si riferiscono, non potrà che rimettere in discussione le conclusioni sin qui tracciate.

4. *Risarcimento e pena.*

La problematica relativa alla distinguibilità sul piano teorico di pena e risarcimento ha interessato, per ragioni e sotto profili diversi, civilisti, penalisti e filosofi del diritto (36).

Siamo di fronte ad un tema di confine che, in quanto tale, non può dirsi materia di esclusivo interesse e competenza di un solo specifico ambito disciplinare del diritto e che porta a riflettere sulla stessa incommunicabilità tra diritto civile e diritto penale (37) e, con particolare riferimento al tema da noi trattato, sulla possibilità di compiere una netta distinzione tra sistema della responsabilità civile e sistema della responsabilità penale.

CESARINI SPORZA, *Il diritto dei privati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1929, p. 60. Sulla extrastatalità come caratteristica del diritto privato cfr. F. VASSALI, *Extrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cian*, Milano, 1951, vol. II, pp. 482-483.

(35) Sul percorso compiuto dalla scienza giuridica nell'operare la distinzione tra responsabilità civile e responsabilità penale v. in particolare G. RORONDI, *Dalla « lex Aquilia » all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 944 ss.; C.A. CANNATA, *op. loc. cit.*; B. KURSCHE, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 123 ss.

(36) Tra i primi Autori che si sono dedicati al compimento a livello dogmatico di tale partizione possiamo ricordare K. BINDING, *Die Normen und ihre Uberretzung*, vol. I, *Normen und Strafrecht*, Leipzig, 1922, 4^a ed., p. 284 ss.

(37) Dirà uno dei grandi Maestri dedicatosi a tale tema: « la verità è, peraltro, che questi (ovvero i penalisti) e quelli (ovvero i civilisti) credono di essere ben chiusi a casa propria, e invece sono, quasi sempre nella grande casa comune »: così F. CARLUCCI, *op. ult. cit.*, p. 90.

4.1. L'approccio descrittivo nella distinzione tra pena e risarcimento.

Una prima distinzione tra pena e risarcimento, è stata compiuta sul piano strettamente descrittivo tenuto conto della diversità a livello disciplinare che tra essi intercorre dal punto di vista dei soggetti attivi e passivi dell'imposizione: mentre il risarcimento potrà essere adempiuto anche da una persona diversa dal responsabile ed eseguito a favore del privato danneggiato, la pena è caratterizzata dalla personalità del vincolo che lega il reo allo Stato (38).

Si tratta comunque di una partizione puramente formale, come tale inidonea a cogliere la vera essenza del fenomeno.

Preso atto dell'insufficienza dell'approccio puramente descrittivo, si potrebbe pensare di individuare una chiave di lettura della problematica nella differente funzione di pena e obbligatorietà risarcitoria. Per tal via, però, si giunge ad una distinzione che, pur mirando a cogliere la reale essenza dei fenomeni, finisce per offrire solo una rappresentazione degli stessi falsata in considerazione della loro reale polifunzionalità che li porta a condidere, almeno in parte, identici fini (39).

Occorrerebbe inoltre chiedersi se la funzione dei singoli fenomeni giuridici possa rappresentare una nota caratterizzante della loro reale essenza oppure appartenga, anch'essa, alla loro esteriorità espressa negli effetti che gli stessi realizzano o mirano a realizzare.

Da tali considerazioni muove la nostra scelta di ricondurre tale approccio ad un livello puramente descrittivo.

Volendo, comunque, individuare i contenuti di tale teorizza-

(38) « Die Strafe ist also ausnahmslos eine höchst persönliche Leistung des der Rechtsverletzung Schuldigen, der Schadenersatz keineswegs und zwar in doppelter Beziehung nicht »: così K. BINDING, *op. cit.*, p. 284.

(39) Sulla polifunzionalità della responsabilità civile e sulla possibile condivisione di identici fini tra responsabilità civile e penale cfr. S. RODOTA, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 600 ss.

zione, pur nella consapevolezza della sua insufficienza sul piano della ricerca ontologica, si può osservare che il risarcimento del danno è indirizzato a reintegrare la sfera del privato dal detrimento subito a causa della condotta antigiuridica altrui. Per contro la pena è volta, non a riparare un danno, ma a danneggiare a sua volta il reo al fine di reprimere la sua azione e prevenirne la reiterazione (40).

La pena, allora, a differenza del risarcimento, sarebbe uno strumento volto a guardare più il futuro che non il passato della condotta antigiuridica. Non sarebbe, infatti, irrogata per eliminare il detrimento subito dal danneggiato, ma piuttosto per evitare che una simile condotta antigiuridica si ripeta.

Tale partizione è già stata oggetto di critiche in considerazione del fatto che se è vero che il risarcimento del danno è volto a riparare un pregiudizio, non è meno vero che anch'esso finisce per cagionare a sua volta un corrispondente detrimento della sfera del danneggiante e per svolgere una funzione di repressione e prevenzione degli illeciti (41).

Per arrivare a conclusioni diverse occorre riconoscere che il responsabile non subisce alcun danno dall'imposizione dell'obbligatorietà risarcitoria in quanto questa viene ad eliminare il beneficio che egli ha ottenuto dall'azione antigiuridica altrui. Occorre, insomma, considerare la responsabilità civile in una logica di scambio propria della dimensione contrattuale per cui, attraverso il risarcimento, il danneggiante viene a corrispondere al danneggiato il prezzo della lesione del diritto (42).

Così, ad esempio, il risarcimento del danno per violazione del

(40) « Das Wesen des Schadenersatzes besteht in seiner Bestimmung zu reparieren, einen im Rechte nicht begründeten Zustand zu verdrängen durch den Rechtsordnung gemessen; derjenige aber, der Strafe leidet, soll und kann durch sein Leiden nicht einen widerrechtlichen Zustand aufheben, die Strafe ist bestimmungsgemäss etwas anderes als Reparation »: così K. BINDING, *op. cit.*, p. 288.

(41) Cfr. F. ANTONIARI, *L'offesa e il danno*, Bergamo, 1930, p. 163.
(42) In tal senso v. recentemente P. GALLO, *Pena privata e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 48 ss.

diritto all'immagine altro non sarebbe che il costo per aver utilizzato l'immagine altrui senza il necessario consenso.

Si può per contro osservare come, oltre alla difficoltà di ricondurre la responsabilità civile all'interno di una logica di scambio (43), resta il fatto che non sempre la violazione di un diritto altrui si traduce in un beneficio per il danneggiante.

Dalla suddetta distinzione funzionale tra risarcimento del danno e pena è ricavabile un'ulteriore possibile differenza tra i due termini: dal momento che la pena è volta a colpire la condotta illecita, mentre il risarcimento è volto a riparare un danno, solo nella determinazione della prima avrebbe valore il grado di colpevolezza dell'autore dell'illecito (44).

Simile distinzione è stata oggetto di critiche in quanto nel nostro ordinamento non esiste alcuna disposizione da cui possa dedursi l'irilevanza della colpevolezza nella determinazione del *quantum* dell'obbligazione risarcitoria; anzi, dato l'ampio margine lasciato all'equità del giudice agli artt. 1226 e 2056, potrebbe che tra i criteri per determinare l'ammontare del danno risarcibile vi possa essere anche tale dato (45).

Ancora dall'approccio funzionale muove un'altra possibile distinzione tra pena e risarcimento: essendo la prima volta a colpire una condotta illecita al fine di impedirne la reiterazione e il secondo volto a compensare un pregiudizio concretamente patito in conseguenza dell'illecito, solo quest'ultimo necessiterebbe una determinazione in concreto e non ammetterebbe

(43) In particolare si può osservare come l'obbligazione che sorge in conseguenza della responsabilità civile trova nei suoi presupposti elementi che esorbitano da una logica di mero scambio. Si pensi alla rilevanza della colpevolezza dell'agente. Cfr. sul punto *supra* capitolo I nota 82.

(44) Sulla base di tali considerazioni parte della dottrina motiva la riconducibilità del risarcimento del danno ambientale al concetto di pena. L'art. 18 della l. 349/1986 individua, infatti, nella colpevolezza del danneggiante uno dei criteri attraverso cui determinare l'ammontare del *quantum debetur*. Cfr. A. DE CURS, *La riparaazione del danno all'ambiente: risarcimento o pena*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 401 ss.

(45) Così F. ANTONISEI, *op. cit.*, p. 159.

predeterminazioni in termini di minimi e massimi edittrali di fonte legislativa (46).

Si tratta di un aspetto che ha assunto particolare rilevanza con il progressivo accrescimento dell'entità delle obbligazioni risarcitorie riconosciute in capo ai responsabili di illeciti civili da parte dei giudici.

Tale fenomeno, infatti, ha posto in concreto il problema relativo alla possibilità di intervenire in via legislativa onde contenere il potere equitativo dei giudici nella determinazione del *quantum debetur* entro precisi limiti. Del tema avremo comunque modo di occuparci più diffusamente in altra parte (47).

Di fronte alla riconosciuta insufficienza delle distinzioni sin qui esaminate in quanto inadeguate a cogliere l'essenza rispettivamente di pena e risarcimento, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di compiere, al riguardo, una vera partizione ontologica.

Abbandonata così tale prospettiva alcuni Autori hanno proposto di operare una distinzione formale tra pena e risarcimento separando sul piano concettuale l'idea di « *punishment* » da quella di « *criminal punishment* » (48).

Il primo sarebbe un « *concept* » e l'altro un « *legal fact* » caratterizzato dall'inflizione di una pena appunto attraverso un procedimento penale.

Così anche il risarcimento è un « *punishment* » ma non un « *criminal punishment* » in quanto la condanna all'adempimento dell'obbligazione risarcitoria avviene all'interno di un procedimento civile.

Si tratta di una distinzione, come preannunziato, puramente

(46) Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 878 il quale in base a tale assunto solleva dubbi sulla costituzionalità di un ipotetico sistema che impieghi il risarcimento a fini punitivi in quanto contrario al principio *nulla poena sine lege*.

(47) V. *infra* parte II, capitolo 2, § 5.

(48) Tale distinzione è di H.L. PACKER, *The limits of the criminal sanction*, Stanford-London, 1969, p. 35 ss.

formale e, in quanto tale, non verificabile né falsificabile, sulla cui rilevanza si possono avanzare non poche perplessità perché tale partizione ci dice quale deve essere il *vestmentum* di pena e risarcimento senza dirci cosa essi siano.

4.2. *I tentativi di operare una distinzione ontologica tra pena e risarcimento.*

Una dimensione ontologica della distinzione tra pena e risarcimento è raggiunta da coloro che fondano l'essenza della prima nella stessa potestà sanzionatoria dello Stato.

Secondo gli Autori che muovono da tale assunto, quello che caratterizza la pena è il suo essere frutto di un'azione pubblica connotata dai caratteri della assolutezza, doverosità ed irrinunciabilità (49).

In questa prospettiva la sanzione punitiva non ha riguardo solo alla relazione vittima-reo, ma piuttosto a quella tra Stato ed individui (50).

Questa partizione tra pena e risarcimento parrebbe peraltro trovare una rispondenza sul piano disciplinare: la prima, diversamente dal secondo, avendo carattere pubblico, prescinderebbe dalla volontà dei soggetti lesi e si tradurrebbe in una relazione personale tra Stato e reo. Pertanto nessun altro potrebbe accol-

(49) Cf. I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), trad. it. G. Vidari, Milano, 1916, p. 34 ss.

(50) Al riguardo osserva G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, Milano, 1958, p. 8 ss. che nella determinazione dell'entità della sanzione penale, a differenza che nella quantificazione della somma da corrispondere a titolo di obbligazione risarcitoria, si deve far riferimento alla gravità dell'offesa arreata in astratto alla società.

Una simile visione risulta invero incompleta in quanto accentra la potestà sanzionatoria in capo allo Stato senza tener conto della possibilità di riconoscere natura di pena anche alle sanzioni punitive irrogate da enti diversi dallo Stato all'interno di ordinamenti paralleli a quello statale. Si pensi, al riguardo, al potere disciplinare-punitivo delle associazioni sportive. Sul punto W. CESARINI SORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, Nota a Cass. SS.UU. 27.7.1933, in *Foro it.* 1933, cc. 1395-1396.

larsi la sanzione punitiva in luogo del responsabile e solo lo Stato sarebbe il beneficiario della sanzione.

Una simile distinzione, sebbene risulti particolarmente solida su un piano epistemologico, in quanto idonea a fornire una chiara visione dei fenomeni, risulta contestabile avuto riguardo alle finalità dirette e indirette cui sono ordinate le sanzioni contro gli illeciti.

Sotto tale profilo si potrebbe rilevare come anche il risarcimento del danno, in quanto strumento di composizione del conflitto vittima-reo, potrebbe essere indirettamente uno strumento di ricostruzione dell'ordine pubblico (51).

Se si intende superare simili considerazioni occorre allora operare una chiarificazione limitando il campo di indagine agli interessi immediati cui sono finalizzati pena e risarcimento.

La pena, quale strumento volto a colpire l'illiceità della condotta del responsabile in sé e per sé considerata, è indirizzata a tutelare in via diretta e immediata interessi pubblici. Per contro il risarcimento del danno in quanto ordinato alla compensazione del danno patito dalla vittima lesa dall'azione antiggiuridica altrui è indirizzato in via immediata e diretta solo alla tutela degli interessi del danneggiato.

Prendendo le mosse da una simile argomentazione altra parte della dottrina ha proposto di individuare la reale essenza di pena e risarcimento, muovendo non tanto dalla natura privata o pubblica degli interessi lesi, ma dalla risarcibilità o meno dei conseguenti pregiudizi (52).

Il risarcimento, in quanto strumento di ricostruzione della sfera del privato lesso, opererebbe mediante compensazione per

(51) L'idea del risarcimento del danno come mezzo di difesa sociale di interesse pubblico risale alla scuola positiva. Sul punto si possono in particolare ricordare i contributi di E. FERET, *op. cit.*, p. 733, R. GAROFALO, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887, p. 42 ss.

(52) Sul punto F. CARARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Lucca, 1870, p. 221 ss. e più recentemente M. C. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, Torino, 1990, p. 20.

equivalente del pregiudizio ed avrebbe ad oggetto danni economici in quanto immediatamente surrogabili mediante denaro.

La pena, invece, rappresenterebbe un'alternativa al risarcimento in caso di lesione di beni non risarcibili come mezzo di tutela delle entità astratte in cui riposano i valori su cui si fonda l'ordinamento giuridico (53).

Secondo tale logica le riparazioni di perdite non pecuniarie, in quanto non suscettibili di essere compensate per equivalente e quindi non risarcibili, dovrebbero essere annoverate all'interno della categoria della pena (54).

Si tratta di una ricostruzione teorica che ha avuto, in particolare, seguito nella dottrina italiana la quale si è trovata a dare sistemazione allo strumento della riparazione che il codice Zanardelli, all'art. 38 (55), prevedeva come rimedio autonomo rispetto al risarcimento.

Tale questione non mancò di sollevare, all'epoca, un largo dibattito che permise un dialogo tra penalisti e civilisti (56), i quali orientarono i loro studi prima che sulla distinzione tra risarcimento e pena, sulla possibile partizione esistente tra le fonti di tali sanzioni: l'obbligazione risarcitoria troverebbe origine in

(53) Cfr. K. BINDING, *op. cit.*, p. 284 ss.

(54) Cfr. G. PAOLI, *Il reato, il risarcimento la riparazione*, Bologna, 1925, p. 179 ss. *Contra* sin da ora si segnala la posizione di SALV. ROMANO, *Le riparazioni non pecuniarie nel diritto privato italiano*, I, *Premesse e parte generale*, Perugia, 1929, p. 94 ss. Quest'ultimo pur riconoscendo nel risarcimento del danno uno strumento volto a compensare un detrimento subito mediante utilità equivalenti, inserisce le riparazioni di perdite non pecuniarie all'interno del sistema della responsabilità civile in quanto ritiene che elemento costitutivo dell'illecito civile sia il danno in senso come generica lesione di interesse e non il solo danno risarcibile. Le riparazioni di perdite non pecuniarie, allora, sarebbero altro sia rispetto al risarcimento sia rispetto alla pena, ma in ogni modo risulterebbero comunque riconducibili all'interno del sistema di diritto privato in quanto volte non tanto ad affiggere il responsabile quanto a ristorare il danneggiato del detrimento subito.

(55) V. *amplius infra* § 4.3.

(56) Al riguardo si può ricordare come la già citata monografia di Francesco Carnelutti « *Il danno e il reato* » sia nata come risposta al sopra menzionato libro di Giulio Paoli « *Il reato, il risarcimento, la riparazione* ».

un danno; diversamente la pena verrebbe irrogata in ragione di un'offesa.

È sulle costruzioni concettuali, su cui si sono fondati i differenti orientamenti sul punto, che intendiamo soffermare la nostra attenzione, in quanto il problema della qualificazione delle riparazioni di danni *stricto sensu* non risarcibili assume particolare attualità ed interesse in un sistema della responsabilità civile che va progressivamente ampliando l'oggetto della sua tutela a interessi il cui detrimento non sembra compensabile mediante utilità equivalenti ed in particolare mediante il denaro.

4.3. La dicotomia tra pena e risarcimento nella partizione tra *offesa e danno*.

L'art. 38 del codice Zanardelli recitava « oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l'onore della persona o della famiglia, ancorché non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione » (57).

Niente diceva il legislatore in merito al contenuto di tale rimedio. Peraltro la questione trovava un'ulteriore complicazione nel dettato dell'articolo 37 ove si individuava la titolarità del diritto alla riparazione, di cui all'art. 38, appunto in capo allo « offeso o danneggiato ». Non si comprende pertanto se si tratti di una conseguenza dell'offesa penale o del danno civile.

Sia nella relazione ministeriale al progetto del codice penale

(57) Tale norma sembra trovare un erede nell'art. 12 della l. 8.2.1948 n. 47 ove si sancisce che « Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa la persona offesa può richiedere, oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 c.p., una somma a titolo di riparazione. La somma è determinante in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato ». Si tratta di una norma che, sebbene abbia avuto una scarsa applicazione, ha sollecitato gli sforzi teorici della dottrina. Cfr. V. ZENOVICHI, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 52, il quale prende atto che tale riparazione trova fondamento non nel danno subito dal soggetto passivo, ma nella stessa condotta antigiuridica.

che in dottrina sembra prevalere la tesi che allontana l'idea di riparazione da quella di risarcimento in quanto l'uno sarebbe volto a riparare un danno e l'altra sarebbe volta a rafforzare l'efficacia repressiva della pena verso l'offesa (58).

In particolare, nel distinguere tra riparazione e risarcimento, la dottrina dell'epoca, muove dalla distinzione tra danno e offesa

(58) Indicazioni in tal senso sono rinvenibili nella *Relazione ministeriale al progetto del codice penale per il Regno d'Italia*, in *Atti parlamentari. Camera dei Deputati XVI Legislatura*, n. 28, Roma, 1887, p. 146 ss. ove si afferma che « codesta riparazione dell'offesa non deve confondersi col risarcimento del danno, anche se estesa a quello che suol dirsi danno morale. Non occorrono parole per mostrare come si distingua dal risarcimento del danno materiale. Ma essa va altresì nettamente distinta dal risarcimento del danno morale, ad esempio, dalla diminuzione o dalla perdita di credito e della riputazione sociale prodotta da un reato il quale offende l'onore o il pudore di una persona oppure dalla mancanza di appoggio e di direzione che patisce una famiglia per l'omicidio di chi ne è sostegno. Questa non è l'offesa alla cui riparazione si provvede con detta disposizione speciale. Il fine della riparazione non è il risarcimento di un danno diretto; è la soddisfazione dell'oltraggio patito, del risentimento, del rammarico prodotto dall'offesa sull'animo di chi ne è stato vittima, o di chi è intimamente legato con la vittima, senza alcun riguardo al danno propriamente detto che l'offesa stessa gli abbia o no recato. La riparazione dell'offesa non può avere per scopo di risarcire un danno cui provvede l'azione civile, ma intende a rafforzare l'efficacia della repressione in quei reati che non importerebbero una grave sanzione repressiva, sproporzionata al caso e che invece può ottenersi mercé appunto questo complemento penale. »

In senso analogo si pone anche parte della dottrina dell'epoca v. in particolare G. PAOLI, *op. cit.*, p. 182 ss. il quale afferma che « la riparazione pecuniaria non può confondersi col risarcimento di un pregiudizio economico, sia pure meramente opinato e sia pure di prova oltremodo disagevole... il danno deve essere danno. Al di là di esso rimane ancora la possibilità della corresponsione di una somma di denaro a chi fu offeso, ma questa possibilità non è risarcitiva ma riparativa » (p. 182). Continua, però, quest'ultimo Autore distinguendo anche la riparazione dalla pena in quanto la prima è volta a compensare un detrimento subito dal privato in ragione di un danno irrisarcibile e non può rappresentare un'alternativa alla pena ma un « complemento di pena ed è garantita da un'azione che è azione penale complementare privata o azione quasi penale » (p. 200).

Diversa è la pozione di quanti identificano nel termine riparazione il risarcimento dei danni morali. L'art. 1151 del codice civile del 1865 non conteneva la partizione tra danno patrimoniale e non. Così parte della dottrina dell'epoca deduceva, dal silenzio della legislazione civile sulla risarcibilità dei danni morali, la eccezionalità di questa limitata appunto ai casi di cui all'art. 38 del cod. penale. Cfr. P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, p. 173. In giurisprudenza sulla irrisarcibilità del danno morale Cass. SS. UTG 30.11.1927, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, 621 con nota di B. BRUGI, *Danno morale*.

cui è correlata la infungibilità tra pena e risarcimento del danno in quanto rimedi volti a coprire spazi diversi: l'una mira a sanzionare il nocimento, attuale o potenziale, del bene protetto (offesa), l'altro a riequilibrare la sfera del soggetto danneggiato del detrimento subito (danno).

Sulla distinzione tra danno e offesa tre sono sostanzialmente gli orientamenti.

Carnelutti prende le mosse, nella propria argomentazione, dalla premessa che il fatto qualificato dall'ordinamento come torto civile o penale è lo stesso. L'unica differenza tra i due sistemi sarebbe così unicamente rappresentata dalla sanzione pena o risarcimento (59).

Per giungere a tali conclusioni l'Autore adotta una nozione di danno particolarmente ampia, che recentemente un'Aurice non ha mancato di definire canaleonica (60): il danno rappresenterebbe la lesione di un interesse riconosciuto e tutelato dall'ordinamento (61).

Per tal via il concetto di danno finisce per essere confuso con quello di offesa (62). Di qui l'affermazione di una coincidenza della sostanza di fatto che sta alla base del torto penale o civile. Non c'è reato senza danno, in quanto anche nei reati di pericolo è presente una lesione di interesse e, quindi, un danno nella nozione allargata dello stesso adottata dall'Autore.

L'identità tra danno e offesa sembra, però, entrare in crisi nel momento in cui l'Autore comincia a distinguere: risarcimento, riparazione e pena.

(59) F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 19 ss.

(60) Intendiamo riferirci a D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 113.

(61) F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 25.

(62) Tale elaborazione viene ricondotta dalla dottrina all'interno della « concezione meramente sanzionatoria » del diritto penale e riferita ad una certa « atmosfera pancivileista » di quegli anni caratterizzata da vari tentativi di rileggere il diritto penale alla luce dei principi e della sistematica propria del diritto civile. Così F. MANTOVANI, *Diritto penale generale*, Padova, 2001, 4^a ed., p. 923.

A tal fine, infatti, Carnelutti è costretto ad individuare una nozione più ristretta di danno: il danno risarcibile.

Non tutte le lesioni di interesse determinano un pregiudizio concreto oggetto dell'obbligazione risarcitoria. Si avrà così un danno risarcibile ed uno non risarcibile.

Questo vuol dire, però, operare una distinzione tra la fattispecie dell'illecito civile, costituita da un danno, inteso come lesione di un diritto o di un interesse meritevole di tutela, e la conseguente obbligazione risarcitoria che trova il proprio fondamento in un danno inteso come detrimento concretamente prodottosi della sfera del soggetto leso (63).

Si viene così a creare una frattura tra causa ed effetti, tra fattispecie e conseguenze giuridiche della stessa.

Tale distinzione è poi alla base della partizione tra risarcimento del danno e pena. Quest'ultima, infatti, è utilizzata non solo in quelle ipotesi in cui l'illecito presenta un forte impatto sociale, ma altresì nei casi in cui il risarcimento non può sortire alcun effetto (64), ovvero in particolare nei casi in cui siamo di fronte ad una lesione di interesse che non ha cagionato alcun danno in senso stretto o ne ha cagionato uno di lieve entità rispetto alla gravità dell'offesa.

È allora il danno in senso stretto quello che determina, da un lato, una incommunicabilità tra responsabilità penale e responsabilità civile e, da un altro, una sostanziale infungibilità tra pena e risarcimento.

Quello che a noi interessa della costruzione carneluttiana sul punto è che l'Autore si trova di fronte alla necessità, al fine di mantener ferma la pretesa identità tra danno e offesa, di distin-

guere la fattispecie costitutiva dalla responsabilità civile dalla fonte dell'obbligazione risarcitoria per espellere dalla prima un elemento che la distinguerebbe dalla fattispecie della responsabilità penale: il danno inteso come detrimento concreto patito dal leso.

Quest'ultimo, imprescindibile presupposto dell'obbligazione risarcitoria, finisce, infatti, per essere in generale un *quid pluris* rispetto alla fattispecie della responsabilità penale, fatta eccezione appunto per i reati di danno.

Opposta alla posizione di Carnelutti è la teoria di Antolisei il quale distingue l'offesa dallo « svantaggio particolare » ovvero dalle conseguenze negative della condotta antigiuridica che si sostanziano in un detrimento nella sfera del soggetto leso (65).

Solo l'offesa è elemento costitutivo della fattispecie penale, per contro il danno è un elemento esterno alla stessa.

Inoltre l'offesa è irreparabile; è solo possibile attenuarne l'entità ove l'obbligo violato possa essere ancora adempiuto (66).

Il danno, invece, è sempre riparabile perché il detrimento subito dal leso può essere quantificato e compensato con il corrispondente equivalente sul piano economico.

Per tal via danno e offesa sono distinti e parimenti distinti devono essere risarcimento e pena: l'una è irrogata al fine di sanzionare la condotta antigiuridica in sé considerata e l'altro è volto a compensare il danno causato.

Da tali considerazioni emerge nuovamente come il risarcimento trova un *quid pluris* nei suoi elementi costitutivi rispetto alla pena: il danno inteso come concreto pregiudizio subito dal soggetto passivo in conseguenza della condotta antigiuridica che si mira a sanzionare (67).

Anche dopo l'emanazione del codice Rocco, ove non è

(63) Tale costruzione ci riporta alla distinzione tra *Rechtswertung* e *Schaden* cfr. H. DEGENKORB, *Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes*, in *AcP*, 76 (1890), p. 1ss.

In Italia più recentemente tale distinzione trova seguito in A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p. 26; G. CANI, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 390.

(64) F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 50 ss.

(65) F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 16.

(66) F. ANTOLISEI, *op. cit.*, pp. 43-44.

(67) « Il danneggiato è sempre offeso, ma non ogni offeso è danneggiato »: così F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 220.

riproposta una norma come l'art. 38 del codice Zanardelli, il problema della distinzione tra danno e offesa rimane.

Sotto il nuovo codice si occuperà della questione un Autore che renderà a prendere una posizione intermedia rispetto a quella di Carnelutti e Antolisei.

Intendiamo riferirci appunto a Frosali il quale parte dalla premessa che il danno sia la privazione o l'ostacolo alla soddisfazione di un interesse (68).

In ciò parrebbe adottare una nozione ampia di danno sì da giungere alle medesime conclusioni di Carnelutti.

L'Autore, però, opera una partizione che lo porterà a conclusioni diverse sia da quelle di quest'ultimo che da quelle di Antolisei.

Frosali individua un danno penale distinto da quello civile e solo eventualmente coincidenti: il primo è essenzialmente pubblico ed è sempre presente in caso di reato mentre il secondo può essere sia pubblico che privato e consegue solo in via eventuale al reato (69).

L'offesa risulta pertanto distinta dal danno risarcibile, il quale, in alcuni reati, sarà elemento della fattispecie, in altri sarà elemento immanente ma esterno, in altri ancora potrà addirittura mancare.

Nuovamente l'idea di risarcimento è legata ad un elemento che vale a distinguere i confini della risarcibilità e della punibilità: il danno ovvero quel pregiudizio che si determina nella sfera della vittima del torto e che la prestazione risarcitoria mira a compensare.

RISCHIO ASSICURABILE E NUOVE FRONTIERE DEL DANNO « RISARCIBILE »

PARTE II

(68) Cfr. R. A. FROSALI, *Reato danno sanzioni*, Padova, 1932, p. 29.

(69) In tal senso R. A. FROSALI, *op. cit.*, p. 65 ss.

CAPITOLO I
VERSO UN RECUPERO DELL'IDEA DI PENA
NEL SISTEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE?

SOMMARIO: 1. Il fondamento dell'obbligazione risarcitoria nella dicotomia tra danno patrimoniale e danno morale. — 1.1. Le teorie sulla irrisarcibilità del danno morale. — 1.2. Il progressivo ampliamento dei confini del danno non patrimoniale risarcibile. — 1.3. Il risarcimento del danno morale nella partizione responsabilità penale-responsabilità civile. — 2. Crisi della dicotomia tra danni patrimoniali e morali. — 2.1. I danni presunti. — 2.2. Danno esistenziale: pena privata o nuovo paradigma risarcitorio? — a) L'emersione del fenomeno nella giurisprudenza italiana. — b) La tutela del benessere esistenziale nella giurisprudenza di altri Stati europei. — c) Alcuni orientamenti critici. — 3. Tutela risarcitoria dei diritti della personalità come ipotesi di sanzione punitiva civile. Dubbi e prospettive. — 4. L'idea della pena nella tutela dell'ambiente come bene giuridico. — 5. Rilevi conclusivi.

1. *Il fondamento dell'obbligazione risarcitoria nella dicotomia tra danno patrimoniale e danno morale.*

Il risarcimento del danno è definito, in dottrina, come uno strumento di tutela per la violazione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante attraverso il quale si opera la ricostituzione della sfera del soggetto leso mediante la prestazione di un'utilità equivalente al detrimento da questi patito (1).

L'obbligazione risarcitoria trova, quindi, nella presenza di un

(1) Si tratta di una definizione ricorrente. Cfr. C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 1089 ss; *Id.*, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, p. 243, il quale individua la funzione dell'obbligazione risarcitoria nella « traslazione di una perdita che si sia effettivamente verificata dal soggetto che l'ha di fatto subita a un altro soggetto »; si tratterebbe pertanto di una « funzione ... essenzialmente economica ». Ancora parla di un « sistema aguiliano dominato dalla concezione economica e più puntualmente pecuniaria del danno » P. RESCIGNO, *Il danno non patrimoniale*, in *Dir. inf.*, 1985, p. 21 ss.

detrimento della sfera giuridica del danneggiato suscettibile di compensazione il suo stesso presupposto.

Ne segue che non basta la lesione del diritto perché il danneggiante sia obbligato ma occorre che la condotta illecita abbia prodotto un danno suscettibile di essere compensato (2).

Parrebbe così fondata la tesi che distingue, all'interno del sistema di responsabilità civile, la fattispecie costitutiva dell'illecito dalla fonte dell'obbligazione risarcitoria: la prima troverebbe tra i suoi elementi il danno genericamente inteso ovvero la lesione di un diritto o di un interesse meritevole di tutela; la seconda, invece, troverebbe la propria causa nell'esistenza di un danno inteso come detrimento che si è verificato nel patrimonio del soggetto leso e che deve essere ristorato dal responsabile (3).

(2) Tale idea trova il suo fondamento nella distinzione tra *Rechtsverletzung* e *Schaden* operata dalla dottrina tedesca cfr. H. DEGENKOLB, *op. loc. cit.* V. *ampfius supra* parte I, capitolo 3, nota 63.

Una simile ricostruzione della nozione di risarcimento del danno rende, peraltro, difficile riconoscere nella riparazione in forma specifica una modalità risarcitoria. Così SALV. ROMANO, *Il cosiddetto risarcimento in forma specifica*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Perugia*, XL (1978), p. 14 ove l'A. osserva come « non tutti i rimedi che si possono sperimentare contro l'illecito... riguardano il danno... l'azione di danno si ha o si comincia quando, essendo fuori questione il diritto o essendo già stato ristabilito il diritto medesimo, vengono in campo gli effetti dannosi che dalla sua turbativa sono derivati. »

(3) Il riferimento è alla teoria che distingue danno evento da danno conseguenza. Il primo, inteso come generica lesione della situazione giuridica tutelata dall'ordinamento sarebbe costitutivo della fattispecie della responsabilità civile; il secondo, inteso come conseguente detrimento materiale della lesione, invece rappresenterebbe la fonte dell'obbligazione risarcitoria. V. *supra* parte I, capitolo 3, nota 63.

Tale distinzione trova in particolare una sua logica al fine di distinguere la natura degli interessi lesi dalla natura della lesione. Per tal via si può, infatti, ammettere che alla lesione di un diritto non patrimoniale corrisponda una lesione del patrimonio e viceversa. Sul punto recentemente M. PARADISO, *Natura dell'interesse leso e qualificazione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 674 ss.

Tra l'altro, secondo alcuni Autori, tale ricostruzione troverebbe giustificazione nell'interpretazione letterale del testo dell'art. 2043 ove viene ripetuta la parola danno: « un danno ingiusto... obbliga a risarcire il danno ». Una simile ripetizione non avrebbe allora altra ragione se non quella di sottolineare che si tratta di due elementi diversi: il danno evento e il danno conseguenza. Cfr. M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 102 ss.

Per contro C. CASTRONOVO, « *Danno biologico* » senza miti, in *Riv. crit. dir. priv.*,

È del resto in tale relazione tra pregiudizio risarcibile, conseguenza dell'illecito, e obbligazione risarcitoria che la dottrina individua una delle possibili chiavi di lettura della partizione teorica tra responsabilità penale e responsabilità civile (4), partizione la quale risultava ancora dubbia a fine '800 a quanti vedevano nel risarcimento genericamente uno strumento per sanzionare un illecito (5).

Il danno suscettibile di trovare un'utilità idonea a compensare il disvalore, rappresenterebbe quel *quid pluris* che varrebbe a distinguere i confini dell'illecito civile da quelli dell'illecito penale: mentre la responsabilità penale sarebbe fondata sulla relazione binivoca illecito-pena, la responsabilità civile sarebbe caratterizzata dal susseguirsi di tre momenti: illecito, danno e risarcimento, danno da intendersi appunto in senso stretto onde distinguerlo dalla condizione comunque pregiudizievole arrecata dall'offesa penale.

Come abbiamo osservato (6), infatti, la dottrina tende a distinguere il danno in senso lato, come generica lesione di interessi, dal danno in senso stretto come concreto detrimento prodottosi nella sfera del titolare della situazione giuridica lesa in conseguenza dell'azione illecita altrui; il danno in senso stretto, infatti, presupposto indefettibile dell'azione risarcitoria, rappre-

1988, p. 3 ss. nega la distinguibilità tra danno come elemento della fattispecie della responsabilità civile e danno come elemento dell'obbligazione risarcitoria.

Ancora in senso analogo G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, Padova, 1987, I, p. XIX ss.; *Id.*, *Trattato breve sulla responsabilità civile*, Padova, 1999, 2^a ed., p. 373; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. ALPA, vol. IV, Milano, 1999, p. 608; *Id.*, *Diritto della responsabilità civile*, Bologna-Roma, 2003, p. 12.

(4) Cfr. M. FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, Milano, 1996, pp. 701-702 il quale osserva come, sebbene non possa escludersi una funzione sanzionatoria anche nella responsabilità civile, non può neppure ricondursi il risarcimento al concetto di pena intesa come risposta in termini punitivi all'illecito, infatti « al contrario il risarcimento è una conseguenza del danno e non dell'illecito ».

(5) Tra gli autori che a fine '800 considerano il risarcimento del danno uno strumento sanzionatorio contro gli illeciti cfr. F.C. SAVIGNY, *op. loc. cit.*

(6) V. *supra* p. 122 ss.

senza un elemento meramente eventuale della fattispecie penale, proprio solo dei reati c.d., appunto, di danno.

Quest'ultima osservazione non vale, però, a ridurre le distanze tra risarcimento e pena.

Anche nei reati di danno, il danno penale non si pone come qualcosa di ulteriore rispetto alla fattispecie costitutiva dell'illecito, ma come parte integrante della stessa.

Sarà pertanto possibile, in tale ipotesi, rilevare un pregiudizio fonte dell'obbligazione civile ulteriore rispetto a quello della fattispecie penale. Sarà inoltre parimenti possibile che il danno rilevante sul piano penale non risulti produttivo di effetti ai fini civili per l'operare della regola privatistica della *compensatio lucti cum damno* nei casi in cui il detrimento risulta ristorato da vantaggi conseguenti alla stessa condotta illecita.

Inoltre non ogni danno è suscettibile di costituire fonte di risarcimento: dal momento che la tutela risarcitoria opera mediante compensazione del detrimento patito con utilità equivalenti, quest'ultimo dovrà essere di tal natura da permettere una siffatta operazione.

Al riguardo pare logico affermare che i beni per i quali è più facile reperire altre utilità idonee a compensarne la perdita siano quelli per i quali è possibile trovare un equivalente in denaro. Questo infatti, in quanto misura economica del valore delle cose, si presenta in una condizione di perfetta surrogabilità rispetto alla maggior parte dei beni presenti sul mercato.

Resta fuori da tale relazione tutto ciò che non ha e non può avere un valore di scambio (7), nonché quanto appartiene alla

(7) Il problema della patrimonialità si lega a quello della patrimonializzabilità intesa non solo come operazione meramente economica volta a dare un prezzo a beni che, essendo estranei al circuito degli scambi commerciali, non ne hanno uno di mercato, ma anche come operazione giuridica volta a valutare la ammissibilità di tale monetizzazione secondo i canoni di liceità cui è improntato l'ordinamento. Cfr. G. FURCURELLI, *Il problema della patrimonialità con riferimento all'attività di culto e di assistenza spirituale svolte dal religioso per contratto in casa di cura privata*, in *Quattro* *maestre*, 1986, p. 176 ss.

intima sfera del sentire individuale che, per la sua stretta soggettività, non si presta ad essere commensurato e, quindi, non può neppure essere compensato mediante utilità equivalenti (8).

La tutela risarcitoria si presenta, pertanto, efficiente in caso di azioni antigiuridiche produttive di danni patrimoniali ovvero detrimenti suscettibili di essere compensati attraverso una prestazione pecuniaria per cui l'idea di danno risarcibile tende a coincidere con quella di depauperamento (9).

Per contro il danno morale, in quanto non suscettibile di trovare una materializzazione sul piano economico, resta fuori dalla logica risarcitoria e la sua riparazione è pertanto rimasta a lungo ai margini del sistema della responsabilità civile come ipotesi strettamente eccezionale oppure è stata fatta sconfinare nella responsabilità penale in modo da mantenere ferma, attraverso la sua penalizzazione, la centralità del risarcimento come sanzione degli illeciti civili (10).

Tale distinzione tra danno patrimoniale risarcibile e danno morale, in genere non suscettibile di ristoro, ha trovato, come avremo modo di vedere, conferma nelle interpretazioni dei differenti testi di legge che si sono succeduti nel tempo sul punto. Peraltro la dottrina non ha mancato di rafforzare il fondamento attribuendogli addirittura origini romanistiche (11).

(8) Al riguardo alcuni hanno rilevato come anche in tali ipotesi i giudici, che si trovano a confrontarsi con la determinazione del valore di beni incommensurabili, tendano ad individuare un valore degli stessi riferendosi comunque a parametri che ritrovano nel mercato. Cfr. R. SUNSTEIN, *Incommensurability and value in law*, in *Mich. L. Rev.*, 92 (1994), p. 797.

(9) A lungo si è così collegata l'obbligazione risarcitoria ad ipotesi di lesione del diritto di proprietà al quale sarebbe riferibile un detrimento patrimoniale corrispondente al valore dei beni di proprietà del danneggiato, che siano stati colpiti dall'azione antigiuridica altrui. Da tale considerazione muove la *Differenzierungstheorie* tedesca nell'individuare il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria nella differenza matematica tra la condizione del patrimonio del lesso prima e dopo la lesione. Cfr. F. MOWMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, p. 3 ss; H. DEGENKOLB, *op. loc. cit.* Tali teorie hanno avuto un seguito in H. LANGE, *Schadensersatz*, Tübingen, 1979, p. 32 ss.

(10) V. *infra* § 5.

(11) Cfr. G. CARO, voce *Danno* (Soria), in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 615

La solidità di tale indirizzo viene, però, a ridursi in conseguenza del cambiamento di prospettiva determinatosi nell'ordinamento riguardo alla tutela dei diritti.

Negli ultimi decenni, infatti, abbiamo assistito ad un mutamento dell'oggetto del sistema della responsabilità civile, non solo a livello di diritto vigente ma anche e, forse soprattutto, a livello di diritto vivente, per cui questa non risulta più indirizzata solo alla tutela dei beni di proprietà del soggetto, la cui lesione importa un detrimento nel patrimonio di quest'ultimo, ma altresì alla più lata tutela del soggetto stesso che trova per tal via riconoscimento non più in quanto proprietario, ma in quanto individuo (12).

Si è trattato, comunque, di una lenta evoluzione che non ha mancato di incontrare ripensamenti e ha finito col generare una crisi dell'idea di risarcimento del danno la quale è stata dilatata fino a perdere le sue sembianze originarie e affiancata da rimedi

ss. In particolare tale conclusione muove da taluni passi del Digesto ove il *Dammum* è inteso come *deminutio patrimonii*. V. in particolare Paolo D, 39, 2, 3 « *Dammum et damnum ab ademptioe et quasi deminutione patrimonii dicta sunt* ». Inoltre nella stessa *lex Aquilia* il *dammum* acquista rilevanza in quanto *corpore corpori*. Per tali osservazioni v. D. DAUBE, *On the use of the term « Damnum »*, in *Studi in onore di Siro Solazzi: nel cinquantunesimo anniversario del suo insegnamento universitario*, 1899-1948, Napoli, 1948, p. 93 ss.

Occorre però, al riguardo, osservare che in età giustiniana si cominciò ad estendere analogicamente la tutela aquiliana anche ad ipotesi in cui mancava il requisito del *dammum corpori*. Cfr. V. ARANGIO RUZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Napoli, 1984, p. 374.

Peraltro, come osserva il Giorgi, oltre che al *dammum iniuria datum* esisteva un'altra figura di danno e di rimedio giuridico: l'*iniuria*, intesa come lesione personale, e l'*actio iniuriarum aestimatoria ex generali Edicto*, in base alla quale era conferito al giudice il potere di liquidare una somma corrispondente al « *quantum aequum et bonum sibi videbitur* » in relazione ad un'offesa « *aut in corpus, aut ad dignitatem, aut ad infamiam* ». Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. V, *Fonti delle obbligazioni*, 4^a ed. Firenze, 1904, p. 262 n. 161. L'A. si richiama, sul punto, alle teorie di R. JHERING, *Actio iniuriarum. Des fictions injurioses en droit romain (et en droit français)*, trad. O. De Meulenaere, Paris, 1888, p. 4.

(12) Per indicazioni su tale evoluzione cfr. G. GENTILE, voce *Danno alla persona*, cit., p. 644; E. BONVICINI, *La responsabilità civile*, vol. II, *Responsabilità da accadimento parte speciale. Il danno a persona*, Milano, 1971, p. 879; M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, p. 9 ss.

diversi che finiscono per metterne in discussione la centralità come sanzione degli illeciti civili.

È forse per la necessità di mantenere fermo il concetto tradizionale di risarcimento del danno, quale perno del sistema della responsabilità civile, che gli interpreti hanno cercato di espellere tali obbligazioni, in senso lato risarcitorie, fuori dalla responsabilità civile per inserirle o nella responsabilità penale o in un *tertium genus* a metà strada tra la logica ripristinatoria per la lesione di interessi privati e quella punitiva per la commissione di mali irreparabili (13).

Si tratta di una soluzione che, sebbene plausibile sul piano teorico, pare invero problematica su quello applicativo: calare l'idea di pena all'interno del sistema di diritto privato vuol dire, infatti, mettere in discussione la stessa partizione tra responsabilità civile e responsabilità penale, di conseguenza, la stessa distinzione tra la generale assicurabilità della prima e l'assoluta inassicurabilità della seconda.

1.1. Le teorie sulla irrisarcibilità del danno morale.

Sotto il codice del 1865 il silenzio del legislatore civile in punto di risarcibilità del danno morale viene colmato dal legislatore penale.

Il codice Zanardelli all'art. 38 indicava due rimedi a tutela del danneggiato e dell'offeso: il risarcimento del danno e la riparazione limitando quest'ultima ai soli casi di delitto contro l'onore della persona o della famiglia.

Da tale distinzione la dottrina maggioritaria, nel tentativo di individuare un elemento di discriminazione tra le due azioni, collegava la prima soltanto alle lesioni che hanno come conseguenza danni materiali. Le offese, che non determinano danni in senso stretto,

(13) V. *supra* Parte I, cap. 3, par. 4.3.

invece, troverebbero un ristoro nel meccanismo della riparazione (14).

Così, attraverso una lettura combinata di tale norma con l'art. 1151 c.c., la maggior parte degli Autori arrivava alla conclusione che il danno risarcibile fosse solo quello patrimoniale ovvero quello costituito da una « abolizione o diminuzione anche parziale, anche temporanea di un bene della vita, che non fosse un bene meramente spirituale, e cioè qualsiasi pregiudizio che avesse comunque potestà di affermarsi nell'ordine esteriore delle cose » (15).

I danni morali, per contro, potrebbero trovare ristoro esclusivamente nella logica satisfattoria della riparazione, nei limiti di cui all'art. 38, e non in quella compensatoria del risarcimento inteso come strumento di riequilibrio del patrimonio del soggetto depauperato dall'azione altrui.

Anche ai danni non patrimoniali distinti dal puro patrimonio interiore, si riconosceva, però, in realtà rilevanza solo in quanto la lesione dell'interesse non economico finisse per avere riflessi sul patrimonio del soggetto leso (16).

La dottrina, per arrivare a simili conclusioni, definiva il danno non patrimoniale a partire dalla natura dell'interesse oggetto della lesione e ammetteva, comunque, la risarcibilità soltanto di un'eventuale diminuzione del patrimonio del danneggiato che fosse conseguenza della lesione stessa.

Una maggiore apertura alla risarcibilità dei danni morali sarà

(14) G. PACUÌ, *In tema di costituzione di parte civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, p. 306; Id., *Il reato, il risarcimento e la riparazione*, cit., p. 200.

(15) Le parole tra virgolette sono di G. PACUÌ, *op. cit.*, p. 120. Limitano il danno risarcibile al solo danno materiale: C.F. GABBA, *Nota a C. App. Genova 15.11.1895*, in *Giur. it.*, 1896, II, p. 569 ss.; Id., *Nota a Cass. Palermo 23.2.1895*, in *Foro it.*, 1896, c. 704; G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, *Nota a C. App. Trani 25.6.1910*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 240 ss.

(16) « Anche le offese fatte a ciò che si è, rimbalzano su ciò che si ha, o si può avere, ed in questo senso limitato sono risarcibili »: così G. GIORSI, *op. cit.*, p. 261 n. 161. In senso in parte analogo A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, 3ª ed., Milano, 1917, p. 59 ss., il quale al riguardo si preoccupa di rispondere all'obiezione dell'immoralità di attribuire un valore ad interessi non economici.

individuata dagli interpreti nel nuovo codice penale del 1930, ove non è più contenuto alcun riferimento ad un'azione riparatoria distinta da quella risarcitoria e ai relativi limiti alla riparazione delle offese di cui all'art. 38 del codice Zanardelli, ma, al contrario, all'art. 185, è espressamente previsto il generale obbligo per il colpevole di risarcire i danni, che siano conseguenza del reato, patrimoniali e non.

In tale contesto normativo e nella vigenza del vecchio codice civile che, come già osservato, all'art. 1151 non poneva limiti espressi alla risarcibilità dei danni morali, parte della dottrina tenderà a riconoscere un formale accoglimento da parte del legislatore italiano di un'idea di risarcimento del danno così ampia da includere anche la riparazione dei danni morali (17).

Altra parte della dottrina, però, osservava come il testo dell'art. 185 del codice Rocco non avesse apportato alcun nuovo elemento a suffragio della generale risarcibilità dei danni morali (18).

La suddetta norma, infatti, riconosce la riparazione del danno

(17) In tal senso P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 171 ss.; L. COVELLO, *L'art. 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1932, p. 609 ss.

(18) Così G. PACCHIONI, *L'art. 185 cod. pen. e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, p. 345 ss., il quale per tal via ripropone le sue teorie sulla irrisarcibilità dei danni morali esposte sotto il vecchio codice penale. Cfr. G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, cit., p. 240 ss.; Id., *Della irrisarcibilità dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 178 ss.; Id., *Il risarcimento dei danni nel progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. crit. fortunisti. resp. civ.*, 1930, p. 1 ss. in partic. p. 4 dove sono espresse critiche a possibili aperture alla risarcibilità dei danni morali.

In senso analogo si pongono G. MAGGIORÉ, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali e la pretesa forza espansiva dell'art. 185 cod. pen.*, in *Studi in onore di Ugo Comi*, Città di Castello, 1932, p. 1 ss.; A. MONTELLI, *Nota a Cass. 21.5.1932*, in *Foro it.*, 1932, p. 1622.

Diversa è la posizione di coloro che, pur distinguendo riparazione da risarcimento riconducono entrambi al sistema di responsabilità civile cfr. SAVI. ROMANO, *Le riparazioni non pecuniarie nel diritto privato italiano*, cit., p. 32.

L'A., in particolare, (p. 20 ss.) sulle origini dell'istituto della riparazione come alternativa al risarcimento del danno per i danni irrisarcibili richiama A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts*, Paris, 1876, 3ª

morale non come regola ma come eccezione nelle sole ipotesi in cui il fatto costituisca reato, riducendo così tale rimedio ad una posizione di vassallaggio rispetto alla pena.

L'art. 2059 del codice civile del 1942, ammettendo la risarcibilità del danno morale nei casi stabiliti dalla legge, non porrà conclusione alla controversia. Muterà solo l'interrogativo cui la scienza giuridica si troverà a rispondere: non ci si chiede più se i danni morali siano risarcibili ma quando e quanto siano risarcibili (19).

I primi interpreti che si sono pronunciati sul punto hanno coordinato l'art. 2059 con l'art. 185 c.p. (20), forse, piuttosto che

ed., p. 98 ss, il quale ricorda l'uso in età moderna di distinguere le riparazioni dai *dommages-intérêts* i quali costituiscono mere indennità pecuniarie.

(19) Per rispondere alla domanda in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 2059 occorre forse volgere lo sguardo sulla estensione del § 253 ove è disciplinata la riparabilità dell'*immaterieller Schaden*. Varie le teorie che si sono alternate sul punto. La *Lehre von dem Interesse* considera patrimoniale il danno individuato dalla differenza tra la consistenza del patrimonio del danneggiato prima e dopo la lesione. Cfr. F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, cit., p. 3 ss.

Diversamente la *Lehre vom realen Schaden* considera il danno patrimoniale quello che trova una compensazione in una somma di denaro, per cui sono beni patrimoniali quelli che hanno un valore in termini monetari. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, München, 1987, 14^a ed., p. 485.

Un ulteriore ampliamento dei confini del danno patrimoniale è attuato dalla *Lehre vom normativen Schaden* secondo la quale il danno non è valutabile secondo parametri economici come differenza prodotta dalla lesione nel patrimonio del danneggiato, ma deve essere sviluppato sulla base dello scopo della norma. In tal senso R. NEUNER, *Interesse und Vermögens Schaden*, in *Aep*, 133, (1931), p. 277 ss.; W. WILBURG, *Zur Lehre von der Vorrechtsgleichung*, *Jher. Jb*, 82, (1932), p. 51 ss.; D. MEDICUS, *Naturhestitition und Geldersatz*, *Jus*, 1969 p. 449 ss.

Le teorie sul concetto di danno patrimoniale trovano uno snello nell'attuale sistema della responsabilità civile che anche in Germania non è più legata alla tutela per danni cagionati a beni del soggetto, ma alla tutela del soggetto stesso in quanto titolare di interessi. Dovrà allora essere rivista anche la differenza tra danni patrimoniali e non, non più ancorata al tipo di bene o di interesse leso ma finalizzata a motivi di «*Haftungsbeschränkung*». Sul punto K. ROUSSOS, *Schaden und Folgeschaden*, München, 1992, pp. 148-149.

Sulle novità introdotte sul punto dalla riforma dello *Schuldrecht v. infra* nota 110. (20) V. in particolare A. MONTEL, *Problemi della responsabilità civile e del danno*, Padova, 1971, 2^a ed., p. 81 ss. ove l'Auttore ripropone il testo della sua nota a Cass. 21.5.1932, cit. aggiornata ai nuovi testi di legge.

In giurisprudenza tra le prime pronunce significative nel senso di ammettere la

per motivi legati alla lettera della legge, per un retaggio storico ovvero per il collegamento che, come abbiamo visto, la dottrina era ormai abituata a compiere sul punto tra codice penale e codice civile sulla base dei precedenti testi di legge.

La norma contenuta nell'art. 2059, infatti, limita la risarcibilità dei danni morali semplicemente ai casi «*previsti dalla legge*» senza alcun espresso riferimento alla legge penale.

Da una simile scelta interpretativa risulta allora una visione ridotta dell'operatività del rimedio della riparazione di danni morali: non solo questo viene confinato negli angusti spazi della eccezionalità, ma arriva a costituire una sorta di complemento della tutela penale in quanto la riparazione dei danni morali è riconosciuta esclusivamente ove la condotta antigiuridica sia penalmente rilevante.

Si recupera per tal via la distinzione tra riparazione e risarcimento propria del codice Zanardelli e si conclude che, in ipotesi di danno morale, non si ha risarcimento in senso tecnico in quanto non vi è un detrimento materiale suscettibile di compensazione per utilità equivalenti.

Non di risarcimento si dovrebbe allora parlare, ma di riparazione, rimedio mediante il quale è dato alla vittima «*conseguire utilità diverse rispetto a quelle perdute a seguito dell'accadimento dannoso*» (21).

Una simile lettura restrittiva dell'art. 2059 ha, però, presto incontrato lo sfavore degli interpreti che hanno provveduto ad ampliarne il contenuto finendo per mettere in crisi l'assoluto

risarcibilità del danno non patrimoniale solo ove l'evento dannoso si colleghi ad un illecito penale: Cass. 15.6.1951, n. 1548, in *Foro Pad.*, 1951, II, 65; Cass. 16.6.1951, n. 1571, in *Resp. civ. prev.*, 1951, 512; Cass. 28.3.1952, n. 845, *ivi*, 1953, 140.

(21) Le parole sono di C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, cit., p. 1086. In senso analogo con riferimento all'art. 38 del codice Zanardelli F. CARBERUTTI, *op. cit.*, pp. 38-39.

Tale distinzione ricalca la distinzione operata in Germania tra *Ausgleichsfunktion* e *Gemüthsungfunktion* legata anche qui alla distinzione *Vermögens- e Nichtvermögensschaden*. Sul punto v. in particolare K. ROUSSOS, *op. cit.*, p. 149 ss.

protagonismo del danno patrimoniale nel sistema della responsabilità civile.

1.2. Il progressivo ampliamento dei confini del danno non patrimoniale risarcibile.

L'interpretazione restrittiva dell'art. 2059, risultante dal combinato di tale norma con l'art. 185 c.p., finisce per presentare la sua precarietà nel momento in cui inizia, ad opera del legislatore e della giurisprudenza, un processo di rivalutazione del risarcimento del danno come strumento di tutela della persona in ogni sua dimensione patrimoniale e non.

La rilettura di tale disposizione, resa necessaria dal mutato ruolo dei rimedi di tipo satisfattorio nel sistema della responsabilità civile, è avvenuta secondo due differenti tendenze: da un lato è stata riformulata la nozione di patrimonialità ampliandola fino a comprendere i danni che venivano riferiti in passato alla sfera del non patrimoniale; da un altro lato, invece, è stata messa in discussione la relazione che gli interpreti avevano operato tra l'art. 2059 e l'art. 185 c.p.

Riguardo alla prima scelta interpretativa si può osservare come l'ampliamento dei confini della risarcibilità del danno non patrimoniale sia avvenuto, in primo luogo, attraverso un processo che ha portato ad escludere dalla categoria dei danni morali una serie di situazioni in cui, sebbene l'interesse leso non fosse di tipo economico, il pregiudizio che il danneggiato ne derivava era suscettibile di valutazione in termini patrimoniali (22).

(22) Sul piano applicativo tentativi di estendere una tutela risarcitoria anche per lesioni di interessi non patrimoniali si sono avuti in particolare nella giurisprudenza genovese degli anni '70 in materia di danni all'integrità fisica.

Chf. Trib. Genova 25.5.1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54 con nota di M. Besson-V. Roppo, *Lesione dell'integrità fisica e diritto alla salute. Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*; Trib. Genova 20.10.1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 444, con nota di G. Arpa, *Danno « biologico » e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 Cost. e in Resp. civ. prev.*, 1976, p. 466 con nota critica di

In tal senso si afferma che anche ove l'illecito sia rappresentato dalla violazione di un interesse non economico, lo stesso darà luogo sempre a risarcimento del danno, senza le restrizioni di cui all'art. 2059, ove questo produca un detrimento patrimoniale nella sfera del soggetto leso (23).

G. SCALFI, *Errare humanum est, perseverare diabolicum*. Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali si rinvia a M.V. DE GIORGIO, *Danno alla persona*, in *Enc. Giur.*, vol. X, Torino, 1994, p. 2. In particolare il tribunale genovese fonda la sua soluzione su un'interpretazione restrittiva dell'art. 2059 volta a limitare l'ambito di applicazione della norma ai soli turbamenti d'animo. La tesi favorevole alla piena risarcibilità del danno biologico è stata poi fatta propria dalla Corte costituzionale nella sentenza 26.7.1979, n. 87 in *Resp. civ. prev.*, 1979, p. 698 con nota di G. Ponzanelli, *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte Costituzionale e 26.7.1979, n. 88*, in *Giur. it.*, 1980, I, 9 con nota di G. Arpa, *Danno « biologico » e diritto alla salute davanti alla Corte costituzionale*.

In dottrina non sono comunque mancati Autori i quali hanno ritenuto che, al fine di considerare risarcibile il danno alla salute, fosse necessaria una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2059. Chf. F. ROMANO, *Cenni normativi per il risarcimento del danno nella « mutiforma »*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1978, p. 366.

Sul punto merita sin da ora menzionare la recente posizione della Corte Costituzionale che ha riferito anche al danno biologico la disciplina di cui all'art. 2059, affermando che « può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardava dall'art. 2059 c.c. si identificerebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo ». Chf. C. Cost. 30.6-11.7.2003, *D&G - Dir. e Giur.*, 2003, f. 29, 42 in *infra* nota 51. In tal senso si veda anche la recente pronuncia della Corte di Cassazione 12.12.2003, n. 19057, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 408 con nota di A. Negro, *L'effettiva durata della vita del leso e l'incidenza sulla liquidazione del danno biologico e morale*. Osserva E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente, nota a Cass. 31.5.2003, nn. 8827-2828 e a Cass. 12.5.2003 nn. 7281-7282-7283*, in *Foro it.*, 2003, c. 2285: « In verità non si devono tacere anche i possibili vantaggi di un eventuale ritorno del danno biologico nell'art. 2059: non solo, una maggiore facilità di dialogo con altri sistemi, ma anche le maggiori probabilità di dimostrare l'errore della prassi giurisprudenziale che — dinanzi al reato — liquidava in via di automatismo il danno morale da lesione della salute e lo stimava in percentuale al danno biologico, riferendosi al dolore fisico e morale proporzionato ai postumi ».

(23) Parte della dottrina dopo aver distinto il danno alla salute, come danno evento, dal danno biologico, come danno conseguenza della lesione del diritto alla salute afferma la patrimonialità di quest'ultimo in quanto « obiettivamente e direttamente commensurabile in denaro »: così F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria, in Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli-U. Breccia, Milano, 1978, p. 530 ss.; Id., *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 38 ss. Prima ancora di questo Autore indicazioni per una partizione tra danno morale e danno alla salute si trovano in A. CARAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, in partic. p. 53 ss. Più recentemente

In secondo luogo, gli interpreti hanno rivisto la nozione di danno patrimoniale identificandolo non più con una diminuzione del patrimonio del danneggiato, ma con una riduzione delle utilità suscettibili di valutazione in termini economici, che il soggetto poteva trarre dal bene leso (24).

Per tal via la categoria dei danni non patrimoniali sarebbe ridotta ai meri patemi d'animo e la loro riparazione ad un puro *pretium doloris*. L'art. 2059 si troverebbe, quindi, ad operare solo in presenza di danni morali soggettivi ovvero di danni non percepibili da soggetti terzi rispetto al danneggiato ed, in quanto tali, non accettabili in concreto (25).

analoghe posizioni sono assunte da F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, p. 239 ss.

Del resto ad analoghe conclusioni era giunta la dottrina nell'interpretare l'art. 1151 del codice civile del 1865. Cfr. G. GIORDI, *op. loc. cit.*; A. MINOZZI, *op. loc. cit.*

Ritengono, per contro, che la patrimonialità vada riferita all'interesse leso e non al danno conseguenza A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, 3^a ed., Milano, 1979, p. 59; ID., *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Milano, 1982, 2^a ed., p. 53 ss; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, cit., p. 214; C. CASTRONOVO, «Danno biologico» senza miti, cit., 31 ss.; B. GRASSO, *Il problema della valutazione del danno non patrimoniale all'integrità psicofisica*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1982, p. 42 ss. Non è però mancato chi partendo da tali premesse ha sostenuto, ad esempio, la patrimonialità della salute umana in quanto l'uomo sarebbe sia soggetto che oggetto di diritti. Così Tib. Massa 30.5.1983, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, c. 26 con nota critica di F. MASTROPAOLO, *Violazione del diritto alla salute, lesione e danno: ancora qualche considerazione a proposito del cosiddetto « danno biologico »*. Per una critica alla tesi della persona-cosa v. D. MESSINETTI, voce *Personalità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983; M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadri mestre*, 1987, p. 667; O.T. SCOZZAROVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 58 ss.; G. TIVCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, in *Diritto Privato*, a cura di N. Lipari, Bari, 1976, p. 515; S. PUGLIATTI, voce *Beni (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 164 ss.

A monte di simili considerazioni vi è, però, la più generale problematicità di operare un coordinamento tra patrimonialità dell'interesse leso e patrimonialità delle relative conseguenze. V. recentemente M. PARADISO, *Natura dell'interesse leso e qualificazione del danno*, cit., p. 674 ss. e in particolare p. 680.

(24) Cfr. in particolare S. PATTI, voce *Danno patrimoniale*, in *Dig. priv. sez. civ.*, vol. V, Torino, 1989, p. 97 e F.D. BUSNELL, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, cit., p. 530 ss.

(25) Tale distinzione non sembra tener conto del fatto che una delle ragioni che ha portato alla redazione dell'art. 2059, come abbiamo più volte avuto modo di

La limitazione alla risarcibilità dei danni morali andrebbe allora letta non nel senso di un disfavore del legislatore per simili pregiudizi, ma come una restrizione legata puramente a ragioni di carattere probatorio: i meri patemi d'animo, in quanto di difficile determinazione e verificabilità, lasciano un eccessivo spazio al potere equitativo del giudice. È quindi per limitare quest'ultimo che il legislatore avrebbe ammesso la risarcibilità del danno morale nei soli casi indicati dalla legge (26).

Un terzo tentativo di ampliare le ipotesi di danni non patrimoniali risarcibili può essere individuato nella costituzione di un *tertium genus* ulteriore rispetto alle categorie dei danni patrimoniali e morali (27).

Si tratterebbe dei danni non patrimoniali distinti da quelli puramente morali in quanto aventi ad oggetto i pregiudizi conseguenti alla lesione di situazioni giuridiche soggettive riconosciute dalla stessa Carta costituzionale ed, in quanto tali, necessariamente risarcibili (28).

sottolineare, è la stessa estraneità alla logica risarcitoria della riparazione di danni per i quali non sembra possibile trovare utilità equivalenti. Cfr. SALV. ROMANO, *op. cit. loc. cit.*

(26) Individuano nell'art. 2059 uno strumento di limitazione dei poteri del giudice nella determinazione del *quantum debetur* ai pari dell'art. 1223: C. CASTRONOVO, *Dal danno alla salute al danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 247 ss; P. ZIVIZ, *Verso un altro paradigma risarcitorio*, in *Il danno esistenziale*, a cura di P. Cendon-P. Ziviz, Milano, 2000, p. 49.

(27) Sul punto R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale contribuito alla teoria del danno extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, I, p. 277; P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Ius*, 1960, p. 336; F.D. BUSNELL, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Ius*, 1976, p. 61 ss.; A. JANNARELLI, *Il risarcimento del danno alla persona e l'analisi economica del diritto*, in *Foro it.*, 1979, V, p. 250 ss.; M. PARADISO, *op. cit.*, p. 81 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 95.

Particolare è poi la posizione di chi include i patemi d'animo all'interno dell'art. 2059 a seconda della gravità degli stessi. I patemi d'animo saranno così risarcibili ove siano così gravi da determinare patologie (in tal caso opererà l'art. 2043) oppure ove siano reputati gravi dalla legge (in tal caso opererà l'art. 2059 in combinato con la disposizione che ne prevede la risarcibilità). In tal senso v. P. D'AMICO, *Il danno da emozioni*, Milano, 1992, pp. 80-81.

(28) Tale argomento è stato utilizzato in particolare con riferimento al danno

La distinzione tra tali pregiudizi e i danni morali, di cui all'art. 2059, sarebbe fondata allora sul diverso rilievo che gli stessi assumono in un'ipotetica gerarchia di valori che vede nella rilevanza costituzionale un indice di assoluta preminenza rispetto a qualsiasi altro interesse che non trovi analogo riconoscimento.

Una diversa prospettiva, seguita al fine di ampliare l'ambito della risarcibilità del danno non patrimoniale, è stata quella, come accennato, di rivedere la lettura combinata degli artt. 2059 e 185 c.p. (29) e, quindi, anche il binomio riparazione del danno morale-reato.

Si è così, in primo luogo, cercato di svincolare la condanna al risarcimento dei danni morali dall'esistenza di un reato perseguibile

biologico la cui risarcibilità sarebbe individuabile nel combinato formato dagli artt. 2043 e 32 Cost. Cfr. M. BESSONE, *Danno biologico, garanzie della persona e problemi di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ.*, Nota a Trib. Roma 14.7.1981, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, p. 281; *Id.*, *Salute, danno biologico e danno non patrimoniale*, Nota a Trib. Napoli 22.12.1980, in *Giur. merito*, 1983, I, p. 104; *Id.*, *Garanzie costituzionali, danno alla persona e normativa di cui all'art. 2059*, Nota a Cass. 6.6.1981, n. 3675, in *Dir. Fam.*, 1982, p. 780; *Id.*, *Valore precettivo dell'art. 32 cost., tutela della salute e danno biologico*, Nota a Cass. 6.6.1981, n. 3675, in *Foro Pad.*, 1981, I, p. 323; G. ALPA, *L'argomentazione costituzionale nella qualificazione del danno biologico*, in *Nuova giurisprudenza*, 1989, II, p. 89; *Id.*, *Danno biologico e danno alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della costituzione*, cit., c. 447 ss. Per alcune osservazioni critiche sul riferimento all'art. 32, P. G. MONATERI, *La costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico (Staatsrecht vergebh, Privatrecht bestebh)*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2976.

Critici su una netta contrapposizione tra danno alla salute e danno morale: A. DE CURIS, *Danno biologico e danno-dolore*, Nota a Cass. 6.4.1983, n. 2396, in *Giur. it.*, 1983, c. 1519; P. FORCHETTI, *Danno morale e danno biologico*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 11; M. PARADISO, *op. ult. cit.*, p. 116 ss.; P. CENDON, *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Bologna, 1984, in particolare p. 46. Le considerazioni dei sopraccitati Autori muovono, nella sostanza, in primo luogo da una presa di posizione che tende a criticare ogni riduzione della sfera dei sentimenti sul piano dell'irreale e inconstante, tenuto conto che esistono dati normativi nella nostra Carta Costituzionale da cui risulta un'attenzione dell'ordinamento per la persona intesa in senso ampio e non solo limitata agli aspetti fisici della stessa. Sul punto C. DONISI, *Vento la «departronializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 683; P. PEARL-GIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 354; C. M. BIANCA, *Il diritto alla salute*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, p. 125 ss. (29) Cfr. F. D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 4.

bile in concreto per cui, ai fini della obbligazione riparatoria civile, sarebbe sufficiente, la mera qualificazione in astratto del fatto come reato non essendo per contro richiesto un accertamento in ordine alla imputabilità dello stesso (30); il che importa di ripensare sul piano teorico alla stessa natura della riparazione del danno morale. Distinguerne, sul piano applicativo, la risarcibilità del danno non patrimoniale dalla imputabilità in concreto del fatto costituente reato vuol dire, infatti, mettere in crisi la sua natura penale, dal momento che la pena non può che conseguire ad un fatto costituente reato in concreto. La qualificazione di un illecito civile in termini di reato è, allora, rilevante ai fini della risarcibilità del relativo danno non patrimoniale, non perché tale riparazione rappresenta un complemento della pena, ma perché la rilevanza penale in astratto del fatto ha di per sé valore al fine di connotare l'illecito di quel grado di gravità che giustifica la risarcibilità anche dei conseguenti pregiudizi non patrimoniali.

In secondo luogo si è, però, cercato di escludere la stessa rilevanza di una qualificazione in astratto del fatto in termini di reato osservando che l'art. 2059 limita il risarcimento dei danni morali ai soli casi previsti dalla legge senza compiere alcun riferimento alla legge penale (31). La distinzione tra danni morali

(30) Si tratta di un'interpretazione pacifica che ha ricevuto definitiva consacrazione nella sentenza della Cass. SS. UU. 6.12.1982, n. 6651, in *Foro it.*, 1983, I, 1631 con nota di A. JANNARELLI, *Non imputabilità penale e danno morale: le acrobazie... senza rete delle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 149 con nota di F. MASTROPAOLO, *Morte del minore, provocata da non imputabile, e risarcimento dei danni*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, 227 con nota di V. ZENO ZENOVICH, *Danni non patrimoniali e reato connesso dal non imputabile*. In tal senso sembrano leggibili le recenti sentenze della Cassazione e della Consulta che hanno ammesso la risarcibilità del danno morale anche in ipotesi di responsabilità oggettiva. V. *infra* nota 51.

Per contro ritiene che l'art. 185 si riferisca al fatto imputabile G. GRASSO, in M. ROMANO-G. GRASSO-T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 1994, p. 293.

(31) Si è fatto specialmente riferimento a quelle norme del codice civile ovvero agli artt. 7 e 10 in cui accanto al riconoscimento del diritto è prevista anche la risarcibilità di esso. Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Milano, 1957, p. 1; A. CARAVELLA, *op. cit.*, p. 55; A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978 p. 12 ss.

e danni patrimoniali, sul piano della loro risarcibilità, è allora limitata alla tipicità della tutela per gli uni, *ex art.* 2059, e alla

In giurisprudenza in tal senso si può ricordare la pronuncia del Tribunale di Cagliari 18.6.1988, in *Riv. giur. Sarda*, 1990, 724. Risulta, però, ancora prevalente l'indirizzo che tende ad ammettere la riparazione dei danni morali solo ove si tratti di un fatto, almeno in astratto, penalmente rilevante. Al riguardo la Cass. 5.10.1994, n. 8081, in *Dir. famiglia*, 1995, 1352, in un'ipotesi di violazione del diritto al nome, ha avuto modo di precisare come « in caso di violazione da parte della moglie divorziata del divieto di uso del cognome del marito, quest'ultimo, può, ai sensi dell'art. 7 c.c., chiedere la cessazione del fatto lesivo ed altresì adire per il risarcimento del danno; tuttavia, mentre per l'imbitoria è sufficiente che l'attore dimostri, oltre all'uso illegittimo del proprio nome, la possibilità che da ciò gli derivi un pregiudizio (che può essere, quindi, meramente potenziale, ovvero di ordine solo morale), ai fini dell'azione risarcitoria, devono sussistere gli estremi soggettivi ed oggettivi dell'illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c.: non è quindi soltanto necessaria l'esistenza di un pregiudizio effettivo, ma quest'ultimo, se non ha carattere patrimoniale, è risarcibile, *ex art.* 2059 c.c., soltanto ove nella condotta dell'indebita utilizzatrice sia configurabile un illecito penalmente sanzionato ».

In senso contrario sembra essersi indirizzato lo stesso legislatore che in recenti leggi speciali ha riconosciuto espressamente la risarcibilità di danni morali svicolata da un fatto reato. Si pensi alla legge 31.12.1996 n. 675 sul trattamento dei dati personali e alla legge 24.3.2001 n. 89 in tema di equa ripartizione per violazione del termine ragionevole del processo conosciuta anche come legge Pinto.

Sulla tassativizzazione non penalizzante delle ipotesi di danni morali risarcibili si può indicare una recente tendenza della Corte Cassazione a ricercare nella costituzione i criteri di « selezione » e di individuazione dei confini di operatività del rimpetto della ripartizione dei danni non patrimoniali. La suprema Corte osserva infatti che « dove escludersi che il risarcimento del danno non patrimoniale soggiaccia al limite di cui agli art. 2059 c.c. e 185 c.p. allorché vengono lesi valori della persona costituzionalmente garantiti; pertanto è risarcibile con liquidazione equitativa il danno non patrimoniale da unione di congiunto consistente nella perdita definitiva del rapporto parentale »; così Cass. 31.5.2003, n. 8828, in *Foro it.*, 2003, 2272 con nota di E. NAVARETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, la quale (c. 2279) osserva come in realtà « le vere riserve di legge si radicano nel tessuto della Costituzione e, dunque, l'interprete non potrebbe disapplicarle con la medesima fonte. Piuttosto — come si è premesso — è proprio la tesi della riserva di legge che, alla luce dei principi costituzionali, non ha fondamento rispetto all'art. 2059 c.c. e, pertanto, si tratta di un rinvio ad altre leggi, che non ostacola l'interprete, purché si rispetti la gerarchia delle fonti (posto che il rinvio è comunque alla legge) e non si deroghi il precetto del rinvio: è dunque necessario o un esplicito accoglimento dello stesso rinvio o una disposizione nella cui forza assiologia sia impresso ed implicito il necessario risarcimento dei danni non patrimoniali. Tale è, in particolare, l'art. 2 Cost. ».

Ancora in tal senso *cf.* Cass. del 7.11.2003, n. 16716, in *Diritto Italia*, 2004, f. 1 *nuovo diritto italiano*; Cass. 27.4.2004, n. 7980, in *Giust. civ. mass.* 2004. Per la giurisprudenza di merito Trib. Roma 16.1.2004, in *Danno e resp.*, 2004, 499 con nota di M. FRANZONI, *Il danno morale fra lettera della legge, ratio legis e compito dell'interprete*

tipicità della tutela per gli altri, per i quali opera la clausola generale del danno ingiusto di cui all'art. 2043 (32).

Si viene così, non solo, ad ampliare i confini del danno non patrimoniale risarcibile, ma anche a rimettere in discussione la stessa natura di sanzione punitiva del risarcimento del danno morale, che finiva per confondere il piano della responsabilità civile con quello della responsabilità penale (33). Con questo non si può arrivare a concludere nel senso di un definitivo superamento della lettura combinata tra l'art. 2059 e l'art. 185 dal momento che una simile interpretazione incontra ancora non pochi consensi in giurisprudenza (34) e la qualificazione della riparazione del danno morale in termini di sanzione punitiva risulta tutt'altro che superata (35).

(32) Discutibile è la qualificazione della norma contenuta nell'art. 2043 come clausola generale v. sul punto in particolare C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 123.

(33) È stata così proposta anche una diversa lettura dell'art. 185. Con tale ipotesi « più che accrescere il carattere affittivo della pena, il Legislatore penale ha inteso conferire una tutela più incisiva a favore della vittima e, quindi, l'attenzione si è spostata dal reato all'offeso, dall'illecito penale al risarcimento del danno »; così C. GORNO, *Danno e reato*, Torino, 2001, 2ª ed., p. 63 ss.

(34) V. recentemente Cass. 23.2.2000, n. 2037, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 1655. V. però *infra* nota 51.

(35) *Cfr.* A. DI MAIO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 100 ss.; *Id.*, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, p. 188; P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità civile extraccontrattuale*, Torino, 1974, p. 43 ss.; *Id.*, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit. p. 71 ss.; F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private?*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 26 ss. ora in *Le pene private*, cit., p. 3 ss.; F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 27 ss.; G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, cit., p. 150; *Id.*, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 795 ss., ora in *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, Padova, 2003, p. 141 ss.; G. BONFINI, *op. loc. cit.*, *Id.*, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 159; D. POLETTI, *L'art. 2059 come ipotesi di sanzione civile punitiva?*, in *Le pene private*, cit., p. 335 ss. in *Contr. impr.*, 1987, p. 531. *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Riv. cit. dir. priv.*, 1987, p. 199. M. ss.; *Id.*, *La commedia della responsabilità civile*, in *Proc. MIRABELLI DI LAURO*, I « nuovi » danni e le funzioni della responsabilità civile, in *Danno e resp.*, 2003, p. 475.

Tra i primi Autori ad ipotizzare l'idea di un risarcimento-pena v. H. HORTEN, *Schuldnersatz und Straf*, e, Wien, 1905.

Una simile conclusione sembrerebbe trovare suffragio nella giurisprudenza che

1.3. Il risarcimento del danno morale nella partizione responsabilità penale-responsabilità civile.

Abbiamo visto come la riconduzione del risarcimento del danno morale alla categoria della pena trovi giustificazione, oltre che in una lettura combinata dell'art. 2059 con l'art. 185, nella tradizionale idea di risarcimento e nella impossibilità di ridurre a questo anche il ristoro dei danni morali (36).

Si suole infatti dire che il danno morale non è suscettibile di risarcimento, ma solo di riparazione: si ha risarcimento quando il soggetto leso trova una compensazione dell'utilità perdute in utilità di identica natura, laddove i beni che meglio si prestano ad essere surrogati sono quelli aventi un prezzo di mercato, i quali trovano nel denaro un perfetto equipollente; per contro, ove non sia possibile tale compensazione per la natura delle utilità perdute, occorrerà ristorare il pregiudizio subito con utilità diverse (37).

Al riguardo possiamo richiamare le parole di un Autore, il quale nel prendere posizione contro la risarcibilità dei danni morali, tentava di distinguere il risarcimento del danno patrimoniale da quello morale osservando come il primo consisterebbe nella « prestazione di un bene oggettivamente o economicamente equivalente a quello sacrificato dall'azione illecita »; per contro il secondo sarebbe rappresentato dalla « prestazione di un bene succedaneo a quest'ultimo » (38).

nel determinare il *quantum* del danno morale utilizza i parametri propri della determinazione della pena dal giudice penale quale la gravità dell'offesa Cass. 28.11.1996, n. 10606, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 393 ss. con nota di E. NAVARETTA. *La quantificazione del danno non patrimoniale e la tavola dei valori costituzionali*. Per contro sulla irrilevanza dei parametri di determinazione del *quantum debentur* ai fini della distinzione tra pena e risarcimento. V. *supra* p. 114 e *infra* nota 51.

(36) Cfr. C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, cit., p. 1089 ss.; Id., *La responsabilità civile*, cit., p. 243; G.B. FERRI, *op. loc. ult. cit.* il quale si richiama alle opere di G. REPERT, *Le prix de la douleur*, in *Rec. Dalloz*, 1948, p. 1 ss.; P. ESMEIN, *La commercialisation du dommage moral*, in *1954*, p. 113 ss. V. *amplius* § 1.2.

(37) Per una tale distinzione v. da ultimo C. COVINO, *op. cit.*, p. 78.

(38) Così SALV. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 19.

Occorre allora chiedersi se dalla suddetta distinzione tra riparazione e risarcimento segua anche l'estraneità della prima al sistema di responsabilità civile il quale trova (o, forse, dovremmo dire trovava) nella tutela risarcitoria la sanzione per eccellenza contro gli illeciti.

Per rispondere ad un simile interrogativo è necessario partire da una premessa: il danno non patrimoniale, pur se inteso nella più ristretta accezione di patema d'animo, ha una sua consistenza sebbene non valutabile mediante parametri oggettivi (39).

Così del resto agli inizi del secolo scorso un penalista, abilmente cimentatosi nella materia della riparazione del danno morale anche sotto il profilo civilistico, dedicava un paragrafo della sua opera a « la prova del dolore » (40).

Alla domanda che altri si erano posti: se il responsabile potesse difendersi dimostrando l'inesistenza del dolore invocato come causa della pretesa (41), tale Autore rispondeva apoditticamente che « come non può essere concepibile il risarcimento del danno senza un danno, così dico non essere concepibile la riparazione del dolore senza un dolore » (42).

Anche ove l'offesa sia di tal natura da far presumere l'esistenza di un danno, si tratterà comunque di una presunzione che ammette in astratto prova contraria.

È in vero indubitabile che sul piano applicativo dar prova dell'inesistenza del dolore altrui presenti non poche asperità trattandosi di un fenomeno puramente interiore.

Il pregio di simili considerazioni rimane, comunque, l'aver riconosciuto nell'esistenza di un danno, ancorché morale, il fondamento dell'obbligazione gravante sul responsabile.

Pure in ipotesi di danno morale, quindi, « il mero fatto

(39) Cfr. SALV. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

(40) Intendo riferirmi a G. PAOLI, *op. cit.*, p. 214 ss.

(41) Vedi G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno — Colpa extraccontractuale*, Torino, 1887, p. 322.

(42) Così G. PAOLI, *op. cit.*, p. 216.

dell'*iniuria* non basterà di per sé solo per potersi affermare che, dunque vi fu effettivo dolore » (43), ma sarà necessario dar prova, anche mediante presunzioni, dell'esistenza di un concreto pregiudizio determinatosi nella sfera giuridica del danneggiato non nel suo patrimonio, bensì nel suo stesso essere persona.

Pertanto l'obbligazione « risarcitoria », in caso di danno morale, trova il suo presupposto nell'esistenza di quell'elemento su cui risulta fondata la partizione teorica risarcimento-pena: il danno (44).

Così del resto osservava un Autore, da noi più volte citato con riferimento alla distinguibilità tra risarcimento e riparazione: « una sottile differenza fra il risarcimento e la riparazione non pecuniaria è data dal diverso senso in cui nell'uno e nell'altra è preso in considerazione il danno.

Che questo sia presupposto da entrambe le sanzioni ci sembra fuori di dubbio » (45).

La « sottile differenza » tra tali forme di tutela compensatoria consisterebbe nel fatto che: nel caso del risarcimento, il danno rileverebbe come depauperamento, ovvero come detrimento subito dal soggetto leso suscettibile di ristoro attraverso un corrispondente vantaggio in denaro; nel caso del danno morale, invece, in mancanza di utilità equivalenti al bene perduto o deteriorato, si avrebbe compensazione mediante utilità « succedanea » (46).

In entrambe le ipotesi ci si troverà comunque di fronte alla necessità di dare ristoro ad un danno subito da un soggetto per l'ingerenza altrui nella propria sfera giuridica. Saremmo così in presenza di una logica estranea a quella della pena in quanto tale ristoro avverrebbe comunque a vantaggio del leso e non dello

(43) Anche queste parole sono di G. PAOLI, *op. loc. cit.*

(44) V. *supra* parte I, capitolo III, § 4.3.

(45) Così SALV. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 37.

(46) L'aggettivo « succedaneo » è utilizzato da SALV. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 19 per descrivere la compensazione dei danni non patrimoniali.

Stato. Saremmo insomma ancora nell'alveo del microcosmo degli interessi privati e non nel più vasto sistema di ricostruzione dell'ordine pubblico (47).

Le parole dell'Autore da ultimo citato sembrano trovare, peraltro, conferma anche nella più recente posizione del BGH che ha riconosciuto la natura privatistica della soddisfazione morale contro gli illeciti civili (48) osservando come anche il *pretium doloris* abbia nella sostanza funzione compensatoria in quanto ordinato alla riparazione di un danno.

Quindi il fatto che ci si trovi in presenza di detrimenti non compensati e non compensabili mediante utilità equivalenti e in particolare mediante denaro, non importa uno spostamento della responsabilità civile da una logica privatistica di ricostruzione della sfera del soggetto leso dall'azione antigiuridica altrui, ad una logica penalistica di ricostruzione dell'ordine violato.

Del resto, come da taluni è stato osservato (49), le *non pecuniary losses* nel sistema di *common law* trovano soddisfazione anche nel rimedio dei *compensatory damages*.

Quindi pure negli ordinamenti in cui tipicamente si pone la partizione tra rimedi compensatori e rimedi sanzionatori contro gli illeciti civili, la non patrimonialità della lesione non incide sulla sua concreta compensabilità.

In tali ordinamenti, inoltre, vale anche l'osservazione contraria: non solo una perdita non economica può trovare rimedio nella tutela compensatoria, ma anche una perdita economica può trovare tutela nei c.d. danni punitivi (50).

(47) In tal senso SALV. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 102 ss. Sul rapporto tra tutela compensatoria e interessi super-individuali v. *supra* parte I, capitolo 3, nota 51.

(48) Cfr. BGH 4.6.1992, in NJW, 1992, 3096. Osserva, infatti, la Corte « *Zum anderen begründet die Genugtuungsfunktion keinen unmittelbaren Strafcharakter des Schmerzensgeldes.* » V. *amplius infra* p. 235 ss.

(49) G. COMANDÉ, *Le non pecuniary losses in common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 455.

(50) In particolare si ricordano casi di *breach of contract* in cui, nonostante la presenza di danni patrimoniali, la giurisprudenza americana ha condannato il responsabile

Le nostre conclusioni sembrano aver incontrato da ultimo anche l'avallo della Corte Costituzionale e della Cassazione pronunciate recentemente sulla natura della riparazione dei danni morali con particolare riferimento al problema della risarcibilità degli stessi in ipotesi di responsabilità c.d. oggettiva (51).

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, partendo dalla premessa che il danno non patrimoniale è riparabile solo ove l'illecito costituisca reato, è da escludere la sua risarci-

al pagamento di *punitive damages*. Cf. *Anderson v. Continental Insurance Co.*, 85 Wis. 2d 675, 271 N.W.2d 368 (1978); *Nicholson v. United Pacific Ins. Co.*, 219 Mont. 32, 710 P.2d 1342 (1985). Sul punto R. L. SASSAMAN, *Punitive Damages in Contract Actions: Are the Exceptions Swallowing the Rule?*, in *Warbarn L.J.*, 86 (1980), p. 20 ss. (51) Cass. 17.2.12.5.2003, n. 7282 in *D&G-Diritto e giustizia* 24.5.2003, f. 22, 11 con nota di F. Peccenni; Cass. 17.2.12.5.2003, n. 7281 e 7283, *Foro it.*, 2003, 2272 con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*.

C. Cost., 30.6-11.7. 2003, n. 233, in *Danno e Resp.*, 2003, 939 con nota di G. PONZANELLI, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale: La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*; A. PROSDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale. Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*; O. TROIANO, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale. L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*; M. BONA *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale. Il danno esistenziale brucia alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*; G. CRICENTI, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale. Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*; in *Foro it.*, 2003, 2201 con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona « in fieri »*, in *Giur. it.*, 2003, 1776 con nota di P. CENDON-P. ZWITZ, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003) della Corte Costituzionale*.

La questione di costituzionalità era stata sollevata da Trib. Roma, 20.5.2002, in *Danno e resp.*, 2002, 856 ss. con note di P. G. MONATERI, *Il Bronchosano alla resa dei conti? « I nulli survive »*; E. NAVARRETTA, *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*; G. PONZANELLI, *Art. 2059 c.c. tra esame di costituzionalità e valutazione di opportunità*.

In senso analogo più recentemente v. C. Cost. 27.11.2003-12.12.2003, n. 356, in *D & G - Diritto e Giustizia*, 2004, f. 2, 27.

La questione non può dirsi risolta. La Cassazione ha, infatti, da ultimo emesso una sentenza in linea col vecchio orientamento, affermando che « il danno morale non è risarcibile allorché la colpa del danneggiante è stata non già accertata in concreto, ma presunta ex articolo 2054 comma 2 Cc »: così Cass. 9. 10. 2002-14.10. 2003, n. 10987, in *D & G - Diritto e giustizia*, 2003, f. 43, p. 26 con nota di M. Rossetti.

Più recentemente, però, la Suprema Corte ha ribadito il principio enunciato della Consulta con la sentenza n. 233 del 2003: Cass. 10.3.2004, n. 4906, in *Giust. civ. mass.*, 2004; Cass. 3.3.2004, n. 4359, in *ibidem*, 2004; Cass. 27.10.2004, n. 20814 (ined.).

bilità in tutte le ipotesi in cui il giudizio di responsabilità civile viene fondato su presunzioni di colpevolezza sulla base delle quali, però, non è dato accertare l'esistenza del fatto reato (52).

La Corte Suprema, in tre pronunce che hanno poi trovato conferma in una successiva decisione della Consulta, ha preso le distanze dal suddetto indirizzo, affermando che « Sembra del tutto improprio frustrare gli scopi di una disposizione, qual è l'art. 2059, che non mira a punire il responsabile ma a consentire il risarcimento del danneggiato dal fatto illecito anche se lesi in interessi non economici, operandone un'interpretazione del tutto antinomica rispetto all'esigenza alla quale il sistema in cui è inserita palesemente si ispira: quella, appunto, di rendere possibile il risarcimento del danno anche se la prova della colpa sia raggiunta grazie ad una presunzione legale ».

2. Crisi della dicotomia tra danni patrimoniali e morali.

La partizione tra danni patrimoniali e morali entra in crisi nel momento in cui il sistema della responsabilità civile, da tempo incentrato sulla tutela del patrimonio dei privati e sul risarcimento del danno, quale rimedio volto a compensare le perdite conseguenti ad atti illeciti attraverso il loro equivalente in denaro, viene esteso alla tutela di diritti e di interessi la cui lesione trova, in genere, materializzazione unicamente in pregiudizi morali per i quali l'ordinamento non riconosce la possibilità di intervenire con rimedi di tipo satisfattorio.

Anche le riletture dell'art. 2059, proposte dagli interpreti al fine di ampliare l'ambito di operatività della riparazione dei danni non patrimoniali, non hanno, infatti, portato ad un superamento della stretta tipicità di tale tecnica di tutela (53).

(52) V. da ultimo in tal senso Cass. 14.3.2002, n. 3728, in *Giust. civ. Mass.*, 2002,

Peraltro sembrava essersi ormai consolidato un orientamento giurisprudenziale sul punto che finiva per introdurre un limite al risarcimento dei danni morali ulteriore rispetto a quelli indicati nella suddetta disposizione di legge.

La Corte Costituzionale pronunciarsi con una sentenza interpretativa di rigetto sulla annosa questione della legittimità dell'art. 2059, più volte sottoposta alla sua attenzione, aveva enunciato il principio in base al quale il danno morale è risarcibile solo ove trovi la propria causa nella lesione di un diritto o di un interesse patrimoniale (54).

Così, ad esempio, i danni non patrimoniali conseguenti ad una lesione del diritto alla salute possono dar luogo al diritto alla relativa riparazione solo se il danneggiato ha riportato danni patrimoniali tra i quali andrebbero annoverati, ad avviso della Corte, anche i pregiudizi dell'integrità psicofisica (55).

Una simile visione finisce per confondere il piano del danno patrimoniale con quello del danno morale facendo di quest'ultimo un mero complemento del primo.

Recentemente, però, la Cassazione, in una pronuncia a sezioni unite (56), ha riconosciuto l'autonomia del danno morale da quello patrimoniale articolando la propria dissociazione dal sovraccitato orientamento in due punti: si osserva, in primo luogo, che la dicotomia danno-evento e danno-conseguenza, da cui muoveva l'interpretazione sopra ricordata, è « una mera struttura teorica dal momento che l'art. 2059 pone come unico presupposto di risarcibilità del danno morale la configurabilità di un fatto reato... »; in secondo luogo, la Suprema Corte rileva come

condizionare la risarcibilità del danno morale all'esistenza di un danno patrimoniale significa negare la risarcibilità dello stesso in ipotesi di reati plurioffensivi e nei reati di pericolo in quanto in entrambi l'offesa avrebbe ad oggetto un bene astratto e non sarebbe suscettibile di dar luogo a detrimenti economici.

Nonostante tali interpretazioni abbiano portato ad un ampliamento dell'area del danno morale riparabile, non si può comunque affermare che l'ambito dei pregiudizi suscettibili di un effettivo ristoro coincida con quello della lesione di interesse.

Sussisteranno ancora illeciti che non hanno come conseguenza danni patrimoniali o che determinano danni patrimoniali di lieve entità rispetto alla gravità dell'offesa, e che non possono trovare adeguato ristoro mediante la riparazione dei danni morali perché si tratta di ipotesi per le quali l'ordinamento non prevede tale rimedio tra i mezzi di tutela del danneggiato.

La giurisprudenza, al fine di coprire lo iato che in tali casi si viene a creare tra danno risarcibile e offesa, è intervenuta, in alcuni casi, sul piano probatorio ammettendo meccanismi presuntivi per danni patrimoniali di non facile prova e forse anche di dubbia esistenza.

In altri casi gli interpreti hanno operato attraverso un'ulteriore estensione della categoria dei danni patrimoniali a pregiudizi consistenti in un deterioramento delle condizioni di vita e delle relazioni interpersonali dando vita ad un processo di moltiplicazione dei danni consequenziali alla lesione.

2.1. I danni presunti.

Da un'analisi delle massime recenti della giurisprudenza italiana in punto di prova del danno emerge che, sebbene in esse sia ancora saldamente radicata l'interpretazione dell'art. 2043 in base alla quale il danno è elemento costitutivo della pretesa risarcitoria del danneggiato e deve essere provato sia in punto di

(54) Così C. Cost., 14.07.1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di G. Ponzanelli, *La corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*.

(55) In tal senso significative sono due sentenze gemelle Cass. 24.05.1997, n. 4631, in *Corriere giur.*, 1997, 1172, con nota di G. De Marzo, *Danno morale e reati di pericolo: il caso Iemesa*; Cass. 20.06.1997, n. 5530, in *Danno e resp.*, 1997, 711, con nota di B. Pozzo, *Danno all'ambiente e danno morale: ultimo atto*.

(56) Così Cass. SS.UU. 21.2.2002, n. 2515, in *Danno e resp.*, 2002, 499 con osservazioni di G. Ponzanelli e di B. Tassone.

an che di *quantum* (57), in talune ipotesi i giudici, in assenza della prova diretta del danno, lo hanno comunque ritenuto provato in via presuntiva dall'esistenza della violazione del diritto (58).

Volendo indicare, solo a titolo esemplificativo, alcune decisioni in cui le pretese risarcitorie sono state rigettate per mancata prova del danno possiamo ricordare la sentenza avente ad oggetto la richiesta di un risarcimento del danno patrimoniale avanzata da parte del lavoratore dipendente infortunato che aveva continuato a percepire nel periodo d'invalidità la retribuzione dal proprio datore di lavoro.

La Suprema Corte osserva, al riguardo che, ai fini del risarcimento, l'attore avrebbe ben potuto e dovuto dar prova di aver percepito solo parte della retribuzione per la perdita, ad esempio, di straordinari o trasferite (59).

Ancora si può ricordare il caso in cui tra la data di stipulazione del contratto di compravendita e la sua trascrizione era stata iscritta un'ipoteca sul bene compravenduto a causa della negligenza del notaio.

Anche in tale ipotesi la Suprema Corte, pur riconoscendo la responsabilità del pubblico ufficiale, assume, che il proprietario doveva dar prova del danno subito in concreto, in quanto l'iscrizione di ipoteca rappresenta solo un pregiudizio potenziale (60).

A differenza dell'ipotesi precedente, in cui la perdita di straordinari e trasferite era solo una conseguenza eventuale e non deducibile automaticamente dalla lesione alla integrità psico-

fisica, in questo specifico caso le conclusioni dei giudici paiono discutibili.

Non sembra, infatti, esservi dubbio che l'esistenza di un diritto reale di garanzia sul bene compravenduto ha sicuramente leso la posizione patrimoniale del proprietario il quale viene per tal via ad acquistare un bene il cui valore è ridotto in ragione dell'entità del credito in relazione al quale è stata iscritta l'ipoteca.

Le conclusioni della Corte in punto di prova del danno in caso di trascrizione tardiva risultano peraltro ancor più discutibili ove si considerino le ipotesi in cui i giudici, invece, hanno presunto l'esistenza di un pregiudizio risarcibile in presenza della sola lesione del diritto.

In alcuni casi tale risultato è stato raggiunto attraverso un'interpretazione di tipo teleologico della norma individuando lo scopo del riconoscimento della stessa nella necessità di tutelare l'individuo da possibili eventi dannosi; per cui, se la *ratio legis* è indirizzata alla tutela dei soggetti da possibili pregiudizi che possono determinarsi in ragione dell'azione altrui, allora la violazione della norma, a tal fine posta dall'ordinamento, importa il riconoscimento, almeno in via presuntiva, dell'esistenza dei suddetti pregiudizi.

Si pensi alle norme in materia di immissioni (61), di respon-

(61) In caso di immissioni, infatti, il danno viene risarcito in base alla sola astratta intollerabilità anche in assenza di ogni accertamento in ordine all'esistenza del danno. V. in tal senso Trib. Milano 10.12.1992 e C. App. Milano 17.7.1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, p. 786 ss con nota di M.V. De Giorgi; C. App. Venezia 31.5.1985, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, 493 con nota di D. Aru.

Alcuni giudici in assenza di un danno materiale celano l'esistenza del danno dietro il danno da stress (Cosi' Trib. Biella 22.4.1989, in *Foro it.*, 1990, I, 3303 con nota di R. Simone) o nel caso di immissioni di rumore nella perdita del riposo (Trib. Belluno 3.11.1981, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, 398).

Non mancano però significative pronunce che richiedono, in tal caso, la prova in concreto del danno per ottenere il risarcimento. Cfr. Cass. 6.5.1988, n. 3367 in *Giur. it. max.*, 1988, Cass. 10.5.2001, n. 6507, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 529 con nota di A. Zacarria.

Infine altri giudici ammettono il risarcimento del danno anche in assenza di un

sabilità del datore di lavoro (62), di tutela dei diritti della personalità (63): la violazione dei divieti in materia di immissioni pericolose, in quanto posti a tutela della salute, importa la presunzione dell'esistenza di un detrimento dell'integrità psico-fisica del soggetto leso; analoghe conclusioni valgono per la violazione di norme poste a tutela della salute del lavoratore quale è la previsione del diritto al riposo settimanale; allo stesso modo la violazione di disposizioni poste a presidio dell'espressione della personalità degli individui fa presumere un detrimento della stessa.

In altri casi, sempre concernenti lesioni di interessi non patrimoniali, sebbene l'antigiuridicità della condotta del responsabile non fosse costituita dalla violazione di norme volte a prevenire condizioni pregiudizievoli, i giudici hanno ritenuto provata l'esistenza di un danno patrimoniale valutando la potenzialità lesiva della condotta antigiuridica del responsabile.

danno materiale ritenendo che sussistano gli estremi per la contravvenzione *ex art. 659* 1° comma c.p.e. e quindi sussistano anche gli estremi per l'applicazione dell'art. 2059 Costi Trib. Savona 31.1.1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 606 con nota di V. Ioffredi.

(62) Cfr. Cass. 26.1.1999, n. 704, in *Resp. civ., prev.*, 1999, 389 ss. per la quale il danno da mancata concessione del riposo settimanale « è oggetto quanto all'*art.*, di presunzione assoluta posto che, dalla norma dell'art. 36 Cost., si desume che la mancata fruizione del riposo settimanale è lesiva di un diritto fondamentale, che deve essere rispettato per tutelare il benessere fisico e psichico dei lavoratori ». *Contra* recente C. App. Milano 16.3.2001, in *Orient. Giur. lav.*, 2001 p. 73. V. Sul punto D. POLETTI, *Danno psichico del lavoratore*, in *Il danno esistenziale*, a cura di P. Cendon P. — Ziviz, Milano, 2000, p. 477 ss. In particolare quest'ultima, nel qualificare tale ipotesi risarcitoria, evoca l'idea della pena privata.

(63) Cfr., con particolare riferimento alla lesione della reputazione personale e professionale, Cass. 10.5.2001, n. 6507, in *Giur. civ.*, 2001, I, 2644; Cass. 5.11.1998, n. 11103, in *Giur. civ. mass.*, 1998; Cass. 23.3.1996, n. 2576, in *Danno e resp.*, 1996, 320 con nota di V. Carbone. In materia di diritto all'immagine Trib. Milano 19.2.2001, in *Giur. it.*, 2002, 334.

Un atteggiamento restrittivo rispetto all'idea di danno *in re ipsa* in ipotesi di lesione dei diritti della personalità si ravvisa in alcune recenti sentenze. Cfr. in materia di lesione del diritto all'immagine C. App. Roma 4.6.2001, in *Arch. Civ.*, 2002, 69.

Sui confini del danno risarcibile in ipotesi di lesione dei diritti della personalità V. *amplius infra* § 3.

Così la commercializzazione di prodotti di un marchio prestigioso ad opera di un'azienda, operante nel mercato di massa della vendita per corrispondenza, sarebbe sufficiente a ritenere come esistente un detrimento rappresentato da un indiscusso ritorno negativo per il presunto danneggiato (64).

Si può forse notare come tale ipotesi presenti delle forti similitudini col caso dell'ipoteca iscritta nel lasso di tempo che il notaio aveva lasciato trascorrere tra la stipula dell'atto e la sua trascrizione.

Anche l'ipoteca, come abbiamo osservato, grava, di per sé, sulla posizione patrimoniale del proprietario recando a questi un pregiudizio inevitabile. Per contro i giudici in siffatta ipotesi hanno ritenuto non provata l'esistenza di un danno.

Occorre pertanto interrogarsi su quali siano le differenti considerazioni che possono aver portato a soluzioni così diverse in presenza di situazioni di fatto apparentemente analoghe.

Il quesito importa non poche difficoltà in considerazione del fatto che le ipotesi, in cui i giudici hanno riconosciuto l'esistenza di danni presunti, non risultano associabili in relazione ad un denominatore comune che non sia l'operatività sul piano probatorio del meccanismo presuntivo.

Cercando di trovare una collocazione sistematica a siffatte fattispecie concrete in modo da dare una spiegazione a tali differenti atteggiamenti della giurisprudenza, parte della dottrina ha proposto una lettura comparata del fenomeno attraverso un accostamento dello stesso ai *general damages del common law* (65).

Tra gli Autori che si sono cimentati nella definizione di tale categoria preferiamo ricordare quella proposta da Markesinis e Deakin, anche per alcune conclusioni che questi compiono sulla

(64) Il caso è stato oggetto della ordinanza del Pret. Roma 7.4.1987, in *Foro it.*, 1987, I, 2878.

(65) Intendiamo riferirci a P.G. MONATERI, *Risarcimento e danno presunto verso una teoria di general damages in diritto italiano?*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 24 ss.

distinzione tra general e particular damage (66): « *General damages are awarded in respect of damage which is "presumed to flow" from the wrong complained of, and include pecuniary losses such as loss of future earnings, as well as non-pecuniary losses, such as damages for pain and suffering incurred before and after the trial* » (67).

L'assimilazione delle ipotesi, nelle quali i giudici hanno ritenuto provato in via presuntiva il danno, alla categoria dei *general damages* è fondata sulla considerazione che in entrambi i casi si avrebbe un superamento della partizione tra lesione di interesse e danno conseguenza (68).

Si tratterebbe di situazioni in cui la lesione dell'interesse è ritenuta rilevante in sé ed in cui l'entità del danno nel calcolo del *quantum debeat* da parte del responsabile non rileva e non deve rilevare (69).

La responsabilità civile sarebbe infatti un « sistema di segnali pecuniari per indirizzare le attività dei consociati » (70).

Tali segnali sarebbero individuati dai giudici le cui decisioni non mancano di essere ancorate a certi parametri che, nel caso di lesioni di beni patrimoniali, saranno i danni materialmente prodotti dalla condotta antigiuridica del responsabile.

(66) V. *infra* p. 159.

(67) B.S. MARKESINIS-S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 4^a ed., Oxford, 1999, p. 724. Nella definizione l'A. si richiama allo storico caso *Ratcliffe v. Evans* (1892) 2 QB 524, 528. Per ulteriori indicazioni bibliografiche circa le definizioni proposte dalla dottrina di *common law* sul punto cfr. P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

(68) In particolare la dottrina ha rilevato come in tali ipotesi fondamentalmente occorre « prendere le distanze da una troppo marcata corrispondenza binomica tra danno e risarcimento nel senso (della costruzione) di una obbligazione risarcitoria i cui termini ed elementi sono già tutti contenuti nella fattispecie dell'accadimento dannoso » il che però non può portare a « dimenticare, perché è nel suo DNA la perdita subita dal danneggiato, anche in termini, se si vuole, non strettamente patrimoniali » così A. DI MAJO, *L'avventura del danno biologico: considerazioni in punta di penna*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 318-319.

(69) Cfr. P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 29.

(70) Le parole tra virgolette sono di P.G. MONATERI, *op. ult. loc. cit.*

Diversamente, in caso di lesione di beni non patrimoniali, « se si vogliono scoraggiare gli atti lesivi di tali diritti, senza proibire tutte le azioni potenzialmente lesive, è chiaro che a tali lesioni bisogna assegnare qualcosa che per il convenuto rappresenti un costo, un prezzo da pagare » (71).

Pertanto ammettere un risarcimento che equivalga al danno, che in questi casi può mancare o essere di lieve entità rispetto alla gravità della lesione, senza tener conto, tra l'altro, anche del profitto che il danneggiante può aver conseguito dalla propria condotta antigiuridica, potrebbe non risultare sufficiente ad orientare la condotta dei consociati verso comportamenti rispettosi dei diritti altrui.

Per tal via, però, si finisce per qualificare l'atteggiamento dei giudici, che in siffatta ipotesi, tendono ad ancorare l'entità del risarcimento a parametri diversi dal danno, come una sorta di penalizzazione della responsabilità civile la quale verrebbe a perseguire fini di tutela dell'ordine pubblico attraverso la repressione e la prevenzione degli illeciti.

Con riferimento a tale rilettura del fenomeno dei danni presunti in chiave comparatistica secondo un'argomentazione di pura analisi economica si possono compiere alcune osservazioni.

La prima concerne la stessa rilevanza dei *general damages* come categoria generale nel sistema di *Tort Law* avuto riguardo alle conclusioni cui giungono Markesinis e Deakin in ordine alla distinzione tra *general* e *particular damage*: « *The distinction is thus of importance for pleading and evidential purpose, and also, as we shall see, for the purpose of calculating the rates of interest, but not so much from the point of view of the substantive law* » (72).

Si potrebbe allora ammettere che analoghe osservazioni valgano per i danni presunti in Italia in quanto il ricorso a meccanismi presuntivi in ipotesi di prova del danno non giustifica la

(71) Così P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 30. In tal senso precedentemente A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 10 ss.

(72) Così B.S. MARKESINIS-S.F. DEAKIN, *op. loc. cit.*

necessità di elevare gli stessi a categoria unitaria anche in considerazione del fatto che le sentenze in esame mancano di un comune denominatore. Né un dato unificante ci pare che possa essere rinvenuto nella natura dell'interesse leso.

Se è, infatti, vero che di danni presunti si parla, in genere, con riferimento a lesioni di interessi non patrimoniali, occorre anche tenere presente che si tratta di un orientamento giurisprudenziale che non può dirsi costante.

Siamo allora in presenza di fenomeni che rilevano unicamente sul piano probatorio e della determinazione del *quantum debetur* e che non importano una revisione del ruolo del danno nel sistema della responsabilità civile.

Del resto, se, ai fini della condanna al risarcimento si ricorre a meccanismi di prova per presunzioni in relazione all'accertamento del danno conseguenza della lesione, vuol dire che questo è ancora l'indefettibile presupposto dell'obbligazione risarcitoria. Il dato patologico rilevabile in alcune delle sopraccitate sentenze è che in taluni casi, ma non in tutti, il meccanismo presuntivo viene adottato a scopi funzionalistici per provare un danno patrimoniale che non c'è in mancanza di un danno morale risarcibile.

Si tratta di un atteggiamento problematico in quanto finisce nei suoi risultati per mettere in discussione la funzione strettamente compensatoria della responsabilità civile; tali risultati, allora, non devono essere acclamati attraverso un ripensamento della funzione del danno nel sistema delle tecniche di tutela civilistiche contro i torti, ma devono anzi portare ad un'attenta riflessione sulle possibili conseguenze di una commistione tra rimedi riparatori e rimedi punitivi, tra risarcimento e pena.

2.2. *Danno esistenziale: pena privata o nuovo paradigma risarcitorio?*

Abbiamo visto come la giurisprudenza, nel tentativo di ampliare i confini del danno risarcibile, abbia operato non solo

attraverso un ridimensionamento dei limiti alla risarcibilità dei pregiudizi non economici, ma si sia mossa anche nel senso di restringere lo stesso ambito in cui tali limiti si applicano identificando il danno non patrimoniale con il mero danno morale soggettivo.

La progressiva riduzione dell'area del danno morale al mero «transente turbanamento psicologico» (73) ha, però, finito col rendere problematica la qualificabilità di una serie di danni i quali, pur non rientrando nella categoria dei danni patrimoniali, non sembrano neppure coincidere con quella dei danni morali.

Intendiamo riferirci a quei patemi d'animo che sono rinvenibili nel turbamento che si produce nella sfera giuridica di un soggetto per il non poter più esprimere il proprio modo di essere come prima del compiersi dell'illecito civile ai suoi danni (74).

In tal caso la immaterialità del pregiudizio, non avente una consistenza corporea, e la sua tendenziale non compensabilità per utilità equivalenti, legata alla sostanziale incommensurabilità dello stesso, ne impediscono la qualificazione in termini di stretta patrimonialità.

Né sembra possibile ricondurre tali ipotesi al danno morale inteso come mero *pretium doloris*, in quanto in simili casi non siamo in presenza di fenomeni puramente interiori, ma ci si riferisce a detrimenti concretamente verificabili poiché rappresentati da un deterioramento delle condizioni di vita del danneggiato.

D'altro canto estendere l'area del danno morale fino a coprire

(73) L'espressione tra virgolette è della C.Cost. 14.7.1986 n. 184, cit.

(74) Il tema si inserisce nella più ampia problematica della necessità di estendere la nozione di danno alla salute fino a coprire non solo il danno fisico, ma anche ogni perturbamento del modo di essere del soggetto leso. Si osserva al riguardo in dottrina che l'Organizzazione Mondiale della Sanità nella costituzione stipulata in New York il 22.7.1946 recepita in Italia col D.lgs. Cp. Stato del 4.3.1947 n. 1968 definisce la salute come «benessere fisico, psichico e sociale non consistente soltanto in un'assenza di malattia o infermità». Sul punto P. ZATTI, *Il diritto di scegliere la propria salute, vivi*, 2000, I, ss.; V. DURANTE, *Dimensione della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 132 ss.; C.M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, vol. V, Milano, 2001, p. 1013 ss.

tali pregiudizi vuol dire, estendere altresì a questi la norma contenuta nell'art. 2059 con una conseguente limitazione della loro risarcibilità ai casi previsti dalla legge.

La dottrina ha così preferito avventurarsi verso la costituzione della nuova categoria concettuale dei danni esistenziali (75).

Le strade intraprese al fine di compiere una simile costruzione sono però diverse: partendo dalla dicotomia tra danno-evento e danno-conseguenza, alcuni hanno collocato la nuova categoria all'interno del secondo come derimento del benessere esistenziale della vittima dell'illecito che può conseguire alla lesione di qualsivoglia diritto o interesse meritevole di tutela nonché all'inadempimento di un obbligo contrattuale (76).

L'immaterialità di un simile derimento potrebbe, però, far dubitare della necessità di configurare lo stesso come categoria autonoma di danno non riconducibile all'interno della norma di cui all'art. 2059.

I sostenitori di siffatta costruzione concettuale hanno allora precisato che il danno morale è fondato su un sentire mentre quello esistenziale riposa in un non fare, o meglio in un non poter più fare (77).

Né sembra possibile ricondurre il danno esistenziale ad una delle voci di danno patrimoniale anche nell'ampia nozione di patrimonialità accolta dalla giurisprudenza. In particolare il danno esistenziale non sarebbe identificabile col danno biologico.

(75) La denominazione « danno esistenziale » risale a P. CENDON-L. GAUDINO-P. ZIVIZ, *Responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 1005.

(76) Cfr. P. CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Il danno esistenziale*, a cura di P. Cendon P. Ziviz, Milano, 2000, p. 5 ss. ora in *Persona e danno*, a cura di P. Cendon, vol. II, Milano, 2004, p. 1647 ss.; Id., *Prospettive del danno esistenziale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2000, p. 257 ss.; P. ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. Impr.*, 1994, p. 84 ss.; Id., *La tutela risarcitoria della persona: danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999; Id., *Verso un altro paradigma risarcitorio*, in *Il danno esistenziale*, a cura di P. Cendon P. Ziviz, Milano, 2000, p. 25 ss.

(77) In tal senso P. CENDON, *Esistere o non esistere*, in *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico-legali, processuali*, a cura di P. Cendon, vol. I, Padova, 2001, pp. 11-12 ora in *Persona e danno*, cit., p. 1687.

Si sostiene, infatti, che il primo sarebbe il *genus* all'interno del quale ricondurre il secondo che riguarderebbe solo una delle dimensioni dell'esistenza: quella fisica (78).

Si collocano in una diversa prospettiva gli Autori che vedono nel danno esistenziale la lesione di un diritto tutelato sul piano costituzionale, in quanto concernente l'espressione della personalità degli individui.

Il danno esistenziale, allora, insieme al danno biologico, rappresenta un *tertium genus*, rispetto al danno patrimoniale e a quello morale (79), che trova il suo fondamento sul piano risarcitorio nell'art. 2043 e nelle norme della Costituzione in cui è riconosciuta la tutela della persona come valore in sé.

Si tratta di costruzioni concettuali che, come avremo modo di osservare nei prossimi paragrafi, sembrano aver trovato rispondenza in pronunce giurisprudenziali italiane nonché nella giurisprudenza di altri Stati europei.

Non sono però mancate voci dissonanti che hanno sottolineato come tale costruzione finisce per portare la responsabilità civile fuori dalla logica compensatoria (80).

Si evoca così l'idea di pena privata e il bipolarismo proprio dei sistemi di *common law* tra *compensatory damages* e *punitive damages* con i conseguenti problemi di assicurabilità delle sanzioni punitive (81).

a) L'emersione del fenomeno nella giurisprudenza italiana.

Nel considerare le pronunce che sembrano aver fatto proprie

(78) Cfr. P. CENDON, *op. loc. ult. cit.*

(79) Sulla ricostruzione del danno biologico come *tertium genus* v. supra p. 138.

(80) V. G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 693; Id., *Attenzione non è danno esistenziale, ma una vera e propria pena privata*, cit., p. 841.; Id., *Le ragioni alla base di un sistema bipolare e contro il riconoscimento del danno esistenziale*, in *Critica del danno esistenziale*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2003, p. 7 ss. in part. p. 11 ss. V. *ampius infra* § 2.2.

(81) Cfr. G. PONZANELLI, *Attenzione non è danno esistenziale, ma una vera e propria pena privata*, cit., p. 841.

Le costruzioni concettuali della dottrina in punto di danno esistenziale cercheremo di evidenziare quali sono le sentenze a nostro avviso più significative al fine di stabilire se i giudici abbiano accolto la categoria del danno esistenziale non solo sul piano nominale ma applicando alla stessa un'autonoma disciplina rispetto a quella dei danni morali; cercheremo inoltre di indagare, su quali possano essere le ragioni di fatto e di diritto che hanno posto gli interpreti di fronte all'esigenza di ampliare, attraverso la creazione di tale nuova categoria, l'area dei danni non patrimoniali risarcibili: affiggere il responsabile oppure dare adeguato ristoro all'interesse leso.

Una delle ipotesi, in cui nella determinazione del danno risarcibile si è tenuto conto anche dei patimenti esistenziali, è quella del danno da morte che, applicando i criteri di determinazione del danno individuati dalla sentenza della C. Cost. 372/1994 (82), nella maggior parte dei casi, non troverebbe un ristoro proporzionato alla gravità dell'offesa.

Sono forse tali considerazioni che hanno spinto la Cassazione a riconoscere la risarcibilità del danno morale *iure proprio* a

(82) « L'ostacolo a riconoscere ai congiunti, di persona deceduta a seguito di comportamento colposo altrui, un risarcimento « iure successionis » della lesione del diritto alla vita e alla salute non proviene dal carattere patrimoniale dei danni risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c., bensì da un limite strutturale della responsabilità civile afferente sia all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a perdite; e, pertanto, la tutela risarcitoria del diritto alla salute, ex art. 2043 c.c. a cui va esteso il limite di cui sopra, non è in contrasto con gli art. 2 e 32 cost. »: così C. Cost. 27.10.1994 n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297 con nota di G. PONZANELLI G., *La corte costituzionale e il danno da morte*; in *Giur. civ.*, 1994, I, 3035 con nota di F.D. BUSNELLI. Tre « punti esclamativi », tre « punti interrogativi », un « punto e a capo »: in *Corr. Giur.*, 1994, 1455 con nota di G. GIANNINI, *E risarcibile iure proprio il danno biologico a causa di morte?*; in *Resp. civ.*, 1994, 996 con nota di E. NAVARRETTA, *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dogmatico sul danno alla persona: il giudizio della corte costituzionale*.

Sul punto R. Caso, *Incommensurabilità (e, dunque, azzeramento) del « valore della vita »: verso il tramonto del modello restrittivo di risarcimento del danno da morte*, in *Danno e Resp.*, 2001, p. 1017 ss.

Più recentemente la Cassazione è però intervenuta valorizzando il c.d. « danno

favore dei congiunti del defunto da quantificarsi non come mero prezzo del lutto, ma come « lesione della dignità umana, tanto più intensa quanto la sofferenza morale attiene agli effetti ed alla integrità di una famiglia numerosa e solidale » (83).

Per tal via, però, si viene solo ad estendere l'area del danno morale anche a patimenti relativi all'interruzione di relazioni interpersonali originata dall'illecito altrui e non si configura una nuova categoria di danni.

Anche nella giurisprudenza di merito non mancano tentativi di riparare il turbamento della sfera affettivo-emozionale determinatosi in ragione della morte di un soggetto cui si è legati da un legame di parentela o coniugio (84).

In una recente sentenza il Tribunale di Roma, in un caso che vedeva una figlia rimasta orfana del padre in età adolescenziale, ha infatti esteso la nozione di danno morale oltre il puro danno da lutto fino a comprendere la stessa perdita « della fondamen-

biologico terminale ». La Suprema Corte ha infatti osservato come « nell'ipotesi in cui la vittima sopravviveva alle lesioni per un arco di tempo apprezzabile, è risarcibile *iure hereditatis* il c.d. « danno biologico terminale », la cui peculiarità è che esso è di tale entità e intensità da condurre a morte un soggetto in un limitato, sia pure apprezzabile, lasso di tempo. Questo danno si distingue dal danno biologico da invalidità temporanea totale, in quanto è più intenso il *minus* esistenziale e la salute danneggiata non solo non recupera (cioè non « migliora ») né si stabilizza, ma degrada verso la morte »: Così Cass. 16.5.2003, n. 7632 in *Giur. it.*, 2004, 495 con nota di M. Bona. Si contano inoltre alcune pronunce di merito che hanno riconosciuto la risarcibilità *iure hereditatis* del « danno da perdita della vita ». Cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere 14.1.2003, in *Giur. it.*, 2004, 496.

(83) Così Cass. 2.4.2001, n. 4783, in *Danno e Resp.*, 2001, 820 con commento M. Bona.

(84) Da notare come recentemente la S.C. abbia riconosciuto che « lo stato di separazione personale non è incompatibile, di per sé solo, col risarcimento del danno morale a favore di un coniuge per la morte dell'altro coniuge, dovendo aversi riguardo, oltre che, in generale, alla sua almeno tendenziale temporaneità e alla possibilità giuridica esclusa *a priori*, di una riconciliazione che ristabilisca la comunione materiale e spirituale tra i coniugi, di una almeno utile circostanza idonea a manifestare le ragioni che l'hanno determinato e a ogni altra utile circostanza idonea a provocare, nel e in qual misura l'evento luttuoso, dovuto all'altrui fatto illecito abbia provocato, con il coniuge superstite quel dolore e quelle sofferenze morali che solitamente si accompagnano alla morte di una persona più o meno cara »: così Cass. 5.12.2001-17.7.2002, n. 10393, in *Giur. it.* — *il sole 24 ore*, 2002, n. 31, 70.

tale e necessaria figura paterna, proprio nel periodo della vita di transizione tra l'adolescenza e la maturità» (85).

Anche in tal caso, però, si viene conseguentemente a negare la risarcibilità del danno esistenziale perché perfettamente coincidente col contenuto di quello morale.

Diversa è, invece, la posizione di altri giudici di merito i quali ammettono la risarcibilità *ex art.* 2043 di un'autonoma voce di danno rappresentata dal venir meno della relazione che il congiunto-danneggiato aveva col defunto (86).

Si arriva così a risarcire il danno da perdita del congiunto come autonoma voce dell'obbligazione risarcitoria fondata sul combinato tra l'art. 2043 e le norme costituzionali in cui è riconosciuto il valore della persona, in particolare l'art. 2 Cost.

Si tratterebbe allora di un danno non patrimoniale da ricondurre comunque all'interno dell'art. 2043 e non all'interno dello schema della riparazione dei danni morali di cui all'art. 2059 (87).

(85) Così Trib. Roma 7.3.2002, in *Guida al diritto - Il sole 24 ore*, 2002, n. 32, 55. In senso analogo si può ricordare altresì una recente sentenza della Cassazione in cui la Corte accoglie la censura alla sentenza impugnata per « evidenti lacune logiche e giuridiche » in merito alla parte della sentenza della Corte di Appello di Firenze in cui si limitava il danno morale al metro « patema d'animo o stato di angoscia transiente » e si escludeva quindi la risarcibilità, a tale titolo dello « aggravio di responsabilità che deriva alla madre per la crescita e l'educazione del figlio a seguito della morte del padre »: così Cass. 5. 12. 2001-17.7.2002, n. 10393, cit.

(86) « Poiché nella famiglia si esplica la personalità di ciascun componente, estrinsecandosi in diritti inviolabili riconosciuti e garantiti a livello costituzionale, il fatto illecito del terzo — incidente sul diritto di un congiunto — che determini in via immediata e diretta la lesione dei diritti correlati dei familiari, determina in capo a questi ultimi un danno ingiusto, autonomamente risarcibile *ex art.* 2043 c.c. e qualificabile come danno esistenziale »: così Tribunale Torino, 8.8.1995, in *Resp. civ. e prev.* 1996, 282 nota di P. Zvizz. In tal senso vedi ancora Trib. Milano 31.5.1999 e Trib. Treviso 25.11.1998, in *Danno e resp.* 2000, 67, con nota di R. Caso, *Lesione del rapporto parentale da uccisione: nuove voci di danno alla persona tra esigenze di giustizia e caos risarcitorio* e Trib. Firenze 24.2.2000, in *Danno e resp.*, 2001, 97 con nota di G. Ponzanelli.

(87) Vi sono state anche altre vie intraprese dalla giurisprudenza per ammettere indirettamente la tutela della perdita della vita: l'aumento della posta del danno morale in considerazione della tipologia del delitto (è il caso dell'aggravio mafioso su cui si è trovato a decidere il Trib. Palermo, 2.5.2001, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1098).

Un'altra ipotesi in cui l'applicazione delle regole finisce per costituire un ostacolo alla tutela dei valori è quella della perdita del nascituro.

Per il nostro ordinamento il frutto del concepimento non è titolare di diritti e la sua lesione non importa risarcimento se non per le sofferenze psicofisiche riportate dalla puerpera e dal padre, che comunque devono essere provate, nonché per il danno morale sofferto dagli stessi che spesso, anche in considerazione della lieve entità del danno biologico, è irrisorio (88).

Recentemente la Cassazione, in accoglimento delle motivazioni della pronuncia della Corte d'Appello di Venezia, ha ammesso il diritto al risarcimento del danno da perdita del frutto del concepimento (89).

la trasmissibilità del danno da perdita della vita Trib. Vibo Valentia sez. distr. Tropea, 28.5.2001, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1095.

Altri hanno riconosciuto la possibilità di una tutela del danno da morte nel rinvenimento di un altro centro di interessi oggetto di tutela. « Ci si riferisce cioè alla possibilità di valorizzare un ulteriore componente della personalità e della dignità umana, sottesa al previo riconoscimento di un diritto a vivere secondo il corso naturale degli eventi »: così L. BARCHIESI, *Danno alla salute e perdita della vita*, Milano, 1997, p. 129. L'A. si richiama alle teorie di G. CARSCUOLI, *Sul diritto a morire naturalmente. Il Natural Death Act California*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 84.

(88) Afferma sul punto la Suprema Corte che è « lapalissiano che la mancata nascita... esclude in radice ogni diritto risarcitorio al di fuori di quelli eventualmente competenti alla madre od al padre. »: così Cass. 22.11.1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1994, I, 2479, in *Gur. it.*, 1994, I, 1, 550, con nota di D. CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*; in *Corriere giur.*, 1994, 479 con nota di A. BIRTA, *La tutela del concepito ed il diritto a nascere sano*; in *Resp. civ.*, 1994, 403 con nota di E. IORRATI *La tutela del nascituro: la conferma della cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 690 con nota di V. ZENO ZENCOVICH *Il danno del nascituro*; in *Gur. it.*, 1994, I, 1, 550. Il problema è però affrontato in via diretta per la prima volta dal Trib. Napoli 18.5.1988, in *Arch. giur. circ. sin. stud.*, 1988, 789, ove si afferma che la perdita del nascituro non è che risarcibile sul piano morale in quanto per il risarcimento della perdita della vita è presupposto indetribile la nascita.

Fondamentale al riguardo è lo scritto di P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 614 ss.

(89) Così Cass. 11.3.1998, n. 2677, in *Gur. it.*, 1999, 736 con nota M. BONA e A. CASTELNUOVO, *La perdita del frutto del concepimento: questioni di responsabilità medica e risarcimento del danno (una ipotesi di danno esistenziale?)*.

La Corte veneta arriva a tale conclusione, però, sulla base di una argomentazione fondata su ragioni che difficilmente possono qualificarsi come giuridiche e che muovono piuttosto sul piano dell'umano sentire di fronte ad una irrimediabile tragedia familiare. Si osserva, infatti, come l'obbligazione risarcitoria sia stata al riguardo riconosciuta in considerazione del fatto che la puerpera era « quasi al termine di una gravidanza desiderata », dei trattamenti medico-chirurgici cui la stessa era stata sottoposta e delle « modalità particolarmente affittive con cui si sono svolti i fatti ».

Più recentemente un giudice di pace ha ammesso la risarcibilità per la perdita del feto « a titolo di danno esistenziale » facendo riferimento ad un danno conseguenza ulteriore rispetto al danno morale (90).

Nuovamente il danno esistenziale viene evocato per coprire la lesione di un interesse dei privati che nella partizione tra danni morali e danni patrimoniali, operata dagli interpreti, non troverebbe ragione di esistere.

Il pregiudizio esistenziale viene richiamato come autonoma voce di danno anche in ipotesi di lesione di diritti della personalità e di immissioni pericolose per la salute, ipotesi in cui, come abbiamo visto, la giurisprudenza tende generalmente a compensare l'insufficienza della dicotomia tra danni morali e danni patrimoniali attraverso l'uso dello strumento probatorio della presunzione (91).

Al riguardo si può ricordare come alla categoria del danno esistenziale abbia fatto riferimento il tribunale di Verona in

(90) È lo stesso giudice testualmente ad ammettere che « il danno morale (tradizionale) è normalmente determinato e liquidato in misura pari a 1/4-1/2 di quello biologico che nel caso in esame è (quasi) irrilevante e in pratica non applicabile » si trattava infatti di un feto di sole 15 settimane.

(91) V. *supra* § 2.1.

merito al caso di un sacerdote che aveva visto pubblicare la sua immagine in un manifesto pubblicitario di un partito (92).

Ancora una condanna al risarcimento del danno esistenziale si è avuta in un caso di immissioni acustiche che superavano il limite della normale tollerabilità (93).

Tutte le controversie sin qui citate avevano ad oggetto il risarcimento di lesioni di diritti fondamentali: diritto alla salute, diritti della personalità, diritto ad un ambiente salubre.

La categoria del danno esistenziale è stata, però, evocata anche in sentenze in cui il danno originava dalla violazione di un dovere familiare: si pensi al caso del padre che non presta l'assistenza morale alla moglie in gravidanza (94) oppure al genitore che non adempie ai propri obblighi alimentari verso il figlio (95).

Con particolare riferimento a quest'ultima ipotesi la Suprema Corte ha avuto, infatti, modo di affermare che « Il citato articolo 2043 c.c. correlato agli articoli 2 ss. Cost., va così necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento non solo di danni in senso stretto patrimoniali ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana. Per cui — essendo le norme costituzionali di garanzia dei diritti

(92) In tal caso si parla di danno esistenziale come conseguenza della lesione del diritto all'identità personale distinto dal danno morale. Vedi in tal senso Trib. Verona 26.2.1996, in *Dir. inf.*, 1996, 576.

Una peculiare estensione del danno esistenziale si ha in materia di danni all'immagine della P.A. In giurisprudenza si afferma che « il danno all'immagine di un ente pubblico è da ritenersi non già un danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c., bensì un danno patrimoniale in senso ampio, rientrante nella più generale figura del danno esistenziale »: così C. Conti 23.4.2003 n. 10, in *Giur. it.*, 2003, 1708 con nota di M. Porro, *Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione al vizio delle sezioni riunite della Corte dei conti*.

(93) Vedi Trib. Milano 21.10.1999, in *Giur. Milan.*, 2000, 68.

(94) Il caso è affrontato dal Trib. Milano 24.10.2001-4.6.2002, in *Guida al diritto il Sole 24 Ore*, 2002, n. 24, 37. Ancora con riferimento alla violazione dei doveri coniugali si può ricordare il riconoscimento del danno esistenziale nel caso della moglie tradita dal marito. V. Trib. Monza 15.3.1997, in *Fam. Dir.*, 1997, 462.

(95) Cfr. Cass. 7.6.2000, n. 7713, in *Danno e resp.*, 2000, 835.

fondamentali della persona pienamente e direttamente operanti anche nei rapporti tra privati — non è ipotizzabile un limite alla risarcibilità della correlativa lesione» (96).

Pertanto anche la violazione di doveri coniugali o parentali, in cui trovi espressione la tutela della persona, importa la risarcibilità *ex art.* 2043 dei detrimenti al benessere esistenziale del soggetto leso.

Ancora di risarcimento del danno esistenziale si è parlato con riferimento ad ipotesi di responsabilità contrattuale e ciò, non solo in caso di inadempimento agli obblighi del medico o della casa di cura, che possono aver dato luogo ad un detrimimento della integrità psicofisica del malato (97), ma anche in ipotesi in cui il rapporto contrattuale aveva ad oggetto solo relazioni di tipo economico non incidenti in via immediata e diretta sulla persona del soggetto leso e, quindi, neppure sulla sua sfera esistenziale.

Pare evidente, infatti, che nel rapporto contrattuale che lega il paziente al medico la salute del primo, come dimensione materiale dell'esistenza umana, rappresenta l'oggetto del contratto in quanto presupposto di tale relazione negoziale.

Diversa è l'ipotesi di contratti fondati su interessi puramente economici che possono coinvolgere il benessere esistenziale della persona danneggiata solo in via indiretta e mediata.

(96) *Così* Cass. 7.6.2000, n. 7713, cit.

(97) Si pensi al caso del soggetto che, avendo subito un intervento di sterilizzazione e non essendo stato informato dal medico sulla necessità di compiere altri accertamenti al fine di valutare il buon fine dell'intervento, si trova a dover affrontare una nascita inaspettata. V. Trib. Milano 20.10.1997, in *Danno e Resp.*, 1999, 82.

Sulla risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di responsabilità contrattuale v. M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale*, in *Il contratto e le tutele* — *Prospettive di diritto europeo*, a cura di Salv. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 219 ss. Quest'ultimo rinvia l'indicazione di una generalizzata risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale negli artt. 7.4.2. dei Principi *Unidroit* e 9.501 dei Principi di diritto europeo dei contratti osservando come tali regole trovino spiegazione in una tendenza, presente nei diversi sistemi giuridici europei di « una sempre più accentuata rilevanza dei c.d. valori postacquisitivi che ha segnato per molti versi lo sviluppo recente della responsabilità aquiliana » (p. 223).

Si pensi al caso dell'inadempimento dell'Alitalia all'obbligo di assistenza ai passeggeri informandoli di considerevoli ritardi nei voli (98).

In tal caso si trattava di un mero contratto di trasporto, il quale, come qualsiasi altro affare, può avere sicuramente dei riflessi anche sul benessere esistenziale delle parti contraenti, ma non trova nello stesso il proprio presupposto.

(98) V. G.d.P. Milano 18.12.2000, in *Foro it.*, 2001, 1159. Possiamo ancora ricordare il caso dell'inadempimento della Wind nella tempestiva attivazione del servizio telefonico affrontato dal G.d.P. Verona 16.3.2000, in *Foro it.*, 2001, 1159. In tal caso occorre però avvertire come il soggetto leso fosse un avvocato per cui un eventuale pregiudizio alle relazioni interpersonali dallo stesso intrattenute finiva per avere ripercussioni, prima che sulla sua sfera esistenziale, su quella professionale dando, quindi, luogo a danni patrimoniali.

L'area della responsabilità contrattuale in cui assume maggior rilievo il fenomeno è, però, forse quella del diritto di lavoro. Il danno esistenziale è stato, in particolare, evocato dalla dottrina per coprire quelle ipotesi in cui con un'attività di *mobbing* il datore di lavoro, pur ledendo la dignità del lavoratore, non dà luogo ad alcun danno patrimoniale. Sul punto U. CURVA, *Mobbing: quale risarcimento?*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 29, ss.

Sulla natura contrattuale di tale responsabilità v. recentemente Cass. 4.12.2002, n. 17209, in *Giust. civ. mass.*, 2002; Cass. 4.5.2004, n. 8438, in *DeG. - Diritto e Giust.*, 2004, f. 21, 26. In tal senso si è espresso anche S. MAZZAMUTO nella sua *Relazione introduttiva* al convegno sul « *Mobbing* » tenutosi in Firenze il 16.5.2003. Mazzamuto ha comunque precisato come, in considerazione della varietà dei comportamenti « *mobbing* », darebbero luogo a responsabilità contrattuale solo quelli che consentono alla violazione di obblighi derivanti dal rapporto di lavoro.

Sul risarcimento del danno da *mobbing* occorre rilevare come la giurisprudenza ricorra ad una lettura combinata dell'art. 2043 con l'art. 2087 tale per cui grava sul datore di lavoro oltre al generale dovere di *neminem laedere* anche l'ulteriore divieto di porre in essere nell'ambito aziendale comportamenti che siano lesivi del diritto alla integrità psicofisica del lavoratore (Cass. 2.5.2000, n. 5491, in *Lav. Giur.*, 2000, p. 830), a tal fine il datore di lavoro non dovrà solo evitare simili condotte ma dovrà altresì « impedire e scongiurare con efficacia concreti atteggiamenti e vessatori da parte dei preposti e responsabili, nei confronti dei rispettivi sottoposti » (Trib. Torino 16 novembre 1999, in *Lav. Giur.*, 2000, p. 366 e in *Danno e Resp.*, 2000, con nota di M. Bona e U. Olivari).

Bisogna inoltre considerare come il risarcimento del danno in caso di *mobbing* possa incidere sul sistema della responsabilità civile. Come osserva il Trib. Como 22.5.2001, *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 2002, p. 277: « il *mobbing* aziendale è collettivo e comprende l'insieme di atti ciascuno dei quali è formalmente legittimo ed apparentemente inoffensivo ». Saremmo così di fronte ad un risarcimento di atto lecito, categoria non ignota al nostro ordinamento; v. sul punto G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964.

Senza avventurarci in condanne affrettate per un orientamento giurisprudenziale che tende a dilatare sempre più l'area del danno non patrimoniale risarcibile, riteniamo comunque opportuno interrogarci sui motivi che possono aver portato i giudici a recuperare, anche in caso di responsabilità contrattuale, la categoria del danno esistenziale elaborata dalla dottrina.

Il danno esistenziale riveste un ruolo importante in ipotesi di violazione di un'obbligazione contrattuale perché, in questo ambito, anche interpretando il limite di cui all'art. 2059 nel senso che è sufficiente, ai fini della risarcibilità dei danni morali, un'espressa previsione di legge in tal senso indipendentemente dalla rilevanza penale del fatto, nel caso in questione, trattandosi di un inadempimento contrattuale, per il quale in generale il legislatore non prevede la riparazione dei pregiudizi non patrimoniali, questa deve ritenersi esclusa (99).

Né il « nervosismo e frustrazione » lamentati paiono suscettibili di essere ricondotti alla categoria del danno patrimoniale. Era così necessario ricorrere ad una nuova categoria di danni, che si potesse a metà strada tra i danni morali e quelli patrimoniali, per ammettere il risarcimento di tali detrimimenti oltre i limiti di cui all'art. 2059.

La categoria del danno esistenziale si inserisce allora in quel processo di ampliamento dei danni non patrimoniali risarcibili che impone di ripensare all'intero sistema della responsabilità civile (100).

Prima di considerare le critiche mosse a tali costruzioni concettuali occorre però verificare anche l'estensione europea del

(99) Il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale da contratto risulta superato nelle ipotesi in cui la legge riconosce la riparabilità di ogni pregiudizio patrimoniale o non, derivante da inadempimento contrattuale. Si pensi al riguardo a quanto previsto agli artt. 13-15 della l. 27.12.1977, n. 1084.

(100) In particolare avverte della pericolosità di introdurre tale nuova categoria all'interno del nostro sistema della responsabilità civile G. PONZANELLI, *Set ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, cit. p. 693; Id., *Attenzione non è danno esistenziale, ma una vera e propria pena privata*, cit., p. 841.

fenomeno da taluni portata a suffragio della necessaria introduzione anche nel nostro sistema della nuova categoria (101).

b) La tutela del benessere esistenziale nella giurisprudenza di altri Stati europei.

In ambito europeo si nota la presenza di espressioni che sul piano puramente nominale paiono avere una certa assonanza con la categoria del danno esistenziale. Basti pensare al *préjudice d'agrément* in Francia (102), alla *pérdida de agrado* in Spagna (103), alla lesione della *Lebensfreude* tedesca (104), alla progressiva frantumazione operata dalla giurisprudenza britannica dell'unitaria voce di danno delle *non pecuniary losses* nelle

(101) Cfr. P. GENDON, *op. cit.*, p. 2 ss.

(102) Il *préjudice d'agrément* è una figura che ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza francese sin dagli anni '50 anche se solo in via episodica e limitata alla impossibilità, per il danneggiato, di compiere le attività sportive o artistiche che svolgeva prima dell'azione dannosa altrui e in ordine alla quali aveva acquisito una certa competenza. Cfr. Paris 9.4.1965, in *Gaz. Pal.*, 1965, 1.394.

Successivamente la nozione è stata ampliata ma non fino a comprendere la semplice « *perte des agréments d'une vie normale* »: così Cass. 9.11.1976, in *Bull. civ.*, V, 573; Cass. 16.11.1983, in *D.*, 1984, 466 con nota di Y. Chabrier.

Anche tale restrizione sembra però adesso superata dalla giurisprudenza Cfr. Cass. 5.1.1995, in *JCP*, 1995, I, 3853 con osservazioni di G. Viney.

Si va così ammettendo che il *préjudice d'agrément* sia genericamente « *l'ensemble des souffrances, gênes et frustrations ressenties dans tous les aspects de l'existence quotidienne* »: così G. VINEY, *La responsabilité: effets*, in *Traité de droit civil*, diretto da J. Ghestin, Paris, 1988, p. 196. Ancora sul punto G. VINEY-P. JOURDAN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, diretto da J. Ghestin, Paris, 1999, p. 41 ss. (103) Sul punto M. YZQUIERDO TOUSADA, *Sistema de Responsabilidad civil contractual y extrac contractual*, Madrid, 2001, p. 161; I. DIEZ PRADO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, p. 327. In giurisprudenza T.S. 21.1.1957, in *R.A.J.*, 1957, 1133.

Più recentemente il *Tribunal Supremo* ha riconosciuto il risarcimento di un « *daño espiritual* » in un curioso caso di « *obituario del cadaver* » a favore dei prossimi congiunti del defunto, danno quantificato in considerazione della circostanza « *de no haber tenido al menos la posibilidad de asistir al paciente en los últimos momentos de su vivir y con efectos de pesar y desasosiego por habersele privado de llevar a cabo su velatorio y enterramiento inmediato, como es lo normal... lo que es bastante para instaurar disequilibrio y disarmonía humana intensa, que, al presentarse como daño espiritual* »: così TS 19.10.2000, in *La Ley*, 1.2000 -9, 110401.

(104) Di « *Lebensfreude* » parla C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, vol. II, München, 1996, pp. 171-173.

singoli voci delle *loss of amenities of life*, *loss of enjoyment of life*, *loss of expectation of life* (105).

Resta, però, da considerare se tali richiami lessicali comportino anche una vicinanza sul punto tra gli orientamenti espressi dai giudici dei suddetti Stati europei in merito al riconoscimento della categoria del danno esistenziale come voce di danno autonoma in grado di risolvere le insufficienze di un sistema bipolare fondato sulla distinzione tra danni patrimoniali e danni morali.

Occorre insomma chiedersi se si possa parlare del danno esistenziale come fenomeno europeo, al di là di un'evidente apertura del diritto vivente straniero ad estendere la tutela risarcitoria oltre i detrimimenti puramente patrimoniali e quelli all'ingrità psicofisica avuto riguardo anche ai pregiudizi che abbiano interessato lo stesso *modus vivendi* del soggetto leso.

Nel rispondere a tale interrogativo si può in primo luogo osservare la difficoltà di rinvenire nei differenti ordinamenti le ragioni di diritto che hanno spinto i giudici italiani a recuperare la categoria del danno esistenziale creata dalla dottrina.

Con particolare riferimento al sistema francese e a quello spagnolo può osservarsi come sia l'art. 1382 del *code civil* sia l'art. 1902 del *código civil* ammettono una lata risarcibilità dei danni derivanti dall'atto illecito senza operare alcuna distinzione tra danni morali e danni patrimoniali analoga a quella esistente nel nostro sistema di responsabilità civile (106).

L'attenzione per i detrimenti che si determinano, in conseguenza dell'azione dannosa altrui, nello stesso modo di essere e di relazionarsi col prossimo propri del soggetto leso, non importa quindi la creazione di una categoria di danni non patrimoniali distinti dal puro danno morale. La giurisprudenza francese e

(105) Sul punto si rinvia alle osservazioni contenute in *Law Commission, Damages for personal injury: non-pecuniary loss*, London, 1995, p. 14 ss.

(106) Con riferimento alle *consequences non économique* gli stessi Autori francesi riconoscono come « pour l'indemnisation de ces dommages le droit français apparaît comme l'un des plus généraux du monde »: così G. VINET-P. JOURDAN, *op. cit.*, p. 36.

spagnola non si trovano, pertanto, a rimettere in discussione la dicotomia tra risarcimento del danno patrimoniale e riparazione del danno morale, come avviene in Italia, perché siffatta distinzione in tali ordinamenti non opera (107).

Si potrebbe così pensare di trovare una maggiore rispondenza rispetto alla categoria del danno esistenziale italiana in sistemi in cui è presente la partizione tra danno patrimoniale e non patrimoniale. Si pensi, al riguardo, al diritto tedesco.

Come abbiamo già osservato in tale ordinamento si distinguono due paradigmi all'interno della responsabilità civile: quello del risarcimento di un *Vermögensschaden* indirizzato ad una *Ausgleichsfunktion* e quello della riparazione di un *nicht Vermögensschaden* indirizzato ad una *Genußungsfunktion* (108).

Vero è che, se si considerano i casi giurisprudenziali richiamati dalla dottrina italiana (109) come esempi di un possibile riconoscimento del danno esistenziale da parte dei giudici tedeschi, ci si accorge che questi riguardano il risarcimento di danni che la giurisprudenza tedesca riconduce *sic et simpliciter* al § 847 inserendoli nella categoria dello *Schmerzensgeld* (110).

(107) Recentemente la distinzione tra il carattere *compensatoire* dell'indennizzo dei danni patrimoniali e il carattere *satisfactorie* dei danni non patrimoniali è stata però ripresa da Y. LAUBERT-FAYRE, *La éthique de la responsabilité*, in RTDC, 1998, p. 15.

(108) Sul punto v. in particolare K. RUOSSOS, *op. cit.*, p. 149 ss.

(109) Cfr. P. GENDON, *op. cit.*, p. 49 ss.

(110) Intendo riferirmi in particolare alle sentenze BGH 9.11.1993, in NJW, 1994, 127, LG Köln 8.2.1995, in NJW, 1995, 1621.

Sin da ora occorre evidenziare come le sentenze qui richiamate sono state pronunciate prima della riforma dello *Schuldrecht* con la quale sono state apportate consistenti modifiche anche in punto di disciplina del risarcimento di danni non patrimoniali.

Così il § 847 avente ad oggetto lo *Schmerzensgeld* è stato abrogato dall'art. 2 nr. 7 G.V. 19.7.2002 I 2674 mW 1.8.2002 e al § 253 avente ad oggetto l'*immaterieller Schaden* è stato aggiunto il seguente comma: « 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 ».

Si potrebbe allora ritenere superata anche in Germania, concordemente con l'impostazione da noi seguita, la distinzione tra *pretium doloris* e danno non patrimo-

Così è stato in un caso di « *Vernichtung von Sperma* » che, ad avviso dei giuristi tedeschi non essendo riconducibile ad una « *Körperverletzung* », dà luogo alla corresponsione di uno *Schmerzgeld* ex § 847 BGB in quanto astratta perdita della possibilità di avere figli (111).

Ancora, in ipotesi di « *HIV-TEST ohne Einwilligung* », al soggetto leso viene riconosciuto un diritto ad essere indennizzato, sempre ex § 847 BGB, per la indebita intrusione nella propria sfera personale attraverso la « *Vornahme eines heimlichen und nicht indizierten HIV-Antikörper-Test* » (112).

Più recentemente, in un caso di responsabilità medico-professionale ai danni di un diciottenne costretto alla claudicanza a vita in conseguenza di un errore del medico che lo aveva operato, l'OLG di Köln ha condannato quest'ultimo al risarcimento di uno *Schmerzgeld* di 100.000 DM tenuto conto tra l'altro delle sofferenze esistenziali del giovane (113). In particolare si osserva come « *ihm ist eine altersgemäße Lebensgestaltung, wie das Sporttreiben, Tanzen, der unbefangene Besuch eines Schwimmbads u. Ä., nicht oder nur eingeschränkt möglich* » (114).

Di maggior evidenza, per l'entità della somma liquidata, è la sentenza dell'OLG di Naumburg che, in relazione ad un'ipotesi di *Geburtsschaden* riconducibile a responsabilità medico-professionale, ha liquidato la somma di 643.000 DM a titolo di *Schmerzgeld* a favore della vittima (115).

Anche in questo caso, nella determinazione del *quantum debetur* si è tenuto conto che « *der Kl. vielfältige Möglichkeiten einer Freizeitgestaltung, welcher für das geistige, körperliche und*

nale, entrambi destinati a trovare rimedio nello strumento satisfattorio della riparazione.

(111) Cfr. BGH 9.11.1993, cit.

(112) Cfr. LG Köln 8.2.1995 cit.

(113) Cfr. LG Köln 11.7.2001, in *Vers.R.*, 2002, 1039.

(114) Le parole tra virgolette sono sempre dell'OLG Köln 11.7.2001, cit., 1040.

(115) Cfr. OLG Naumburg 28.11.2001, in *Vers.R.*, 2002, 1295.

vor allem das seelische Wohlbefinden eines Menschen eine hohe Bedeutung zukommt, verloren gegangen sind » (116).

Quindi la giurisprudenza tedesca mostra un'apertura alla tutela della persona oltre i confini della *Körperverletzung* nel senso di una integrale riparazione della posizione soggettiva lesa sia nella sua dimensione materiale che in quella immateriale.

Non si ha, pertanto, anche in tal caso la creazione di una nuova categoria di danni autonoma rispetto a quella dei danni morali ma piuttosto un ampliamento dei confini dello *Schmerzgeld* il quale finisce per non essere più riducibile ad un mero *pretium doloris* (117).

L'ordinamento in cui la giurisprudenza ha operato dando luogo a nuove voci di danno, nel tentativo di riconoscere un'integrale ristoro della situazione giuridica lesa avuto riguardo anche al detrimento di un impalpabile benessere esistenziale del danneggiato, è quello inglese.

È forse, infatti, per superare alcuni limiti posti alla risarcibilità delle *non pecuniary losses* che i giudici inglesi hanno affiancato all'unica voce di danno non patrimoniale in origine conosciuto (*pain and suffering*) nuove voci di danno quali *loss of amenities of life*, *loss of enjoyment of life*, *loss of expectation of life* (118).

(116) Così OLG Naumburg 28.11.2001, cit., 1296.

(117) Da tali sentenze emerge una tendenziale crisi della distinzione presente nel BGB, prima della riforma dello *Schuldrecht*, tra *immaterieller Schaden* e *Schmerzgeld*, distinzione che risulta peraltro superata dal nuovo testo del § 253 e dall'abrogazione del § 847. V. *supra* nota 110.

(118) A muovere la giurisprudenza inglese in tal senso è in particolare la necessità di oggettivizzare le perdite non pecuniarie escludendo il requisito della *consciousness* intesa come esistenza di un patimento mentale, previsto appunto per il risarcimento del *pain and suffering*, che finisce per ridurre la risarcibilità delle *non pecuniary losses* nei soli casi di danni morali soggettivi. Per tali osservazioni G. COMANDÈ, *op. cit.*, p. 472. In particolare l'A. ricorda il caso *Wise v. Kay*, (1962) 1 Q.B. 638 come la prima pronuncia con cui, nel Regno Unito, è stata riconosciuta l'operatività del requisito della *consciousness* solo in ipotesi di *pain and suffering* e non anche in caso di *loss of amenities of life*.

L'A. non manca comunque di osservare come ampliamenti del risarcimento delle *non pecuniary losses* oltre i confini del mero *pretium doloris* sono presenti anche nella

Anche i giudici inglesi, però, non hanno creato una categoria autonoma rispetto a quella delle *non pecuniary losses*, ma hanno solo ampliato quest'ultima fino a comprenderevi lesioni immateriali che trovano espressione in un deterioramento delle condizioni di vita del soggetto leso al di là del deterioramento psico-fisico. Se volessimo così trarre delle conclusioni sulla giurisprudenza straniera sin qui analizzata dovremmo osservare come, prima e piuttosto che una condivisione della categoria del danno esistenziale tra i differenti ordinamenti europei, si può e si deve riconoscere un'estensione generalizzata in Europa della tutela offerta dal sistema della responsabilità civile a situazioni giuridiche soggettive immateriali e quindi un progressivo ampliamento dell'obbligo *lato sensu* risarcitoria, nascente dall'illecito civile, ai danni morali ad esso conseguenti.

Il sistema della responsabilità civile viene ad orientarsi dalla tutela dei beni del soggetto alla tutela del soggetto stesso estendendo l'obbligo di risarcimento in senso lato risarcitoria fino a comprendere un'integrale riparazione di ogni profilo dell'esistenza della persona del danneggiato al di là dei confini della dimensione puramente psico-fisica.

Si tratta però di un processo che non richiede necessariamente la costituzione di nuove categorie di danni, ma un ripensamento in ordine all'ambito di operatività del rimedio della riparazione del danno morale: non più mero *pretium doloris*, ma indennizzo idoneo a ristorare la situazione soggettiva lesa intesa nella sua complessità di aspetti materiali e immateriali.

Del resto è sulla base di simili considerazioni che parte della dottrina avanza critiche alla teoria del danno esistenziale evidenziandone la superficialità; la tutela del c.d. benessere esistenziale, infatti, troverebbe, ed ha in effetti trovato recentemente in giu-

esperienza statunitense con differenze rispetto al sistema inglese in particolare sul piano della determinazione del *quantum debetur*. Cfr. G. COMANDÈ, *op. cit.*, p. 482 ss.

risprudenza (119), adeguato ristoro attraverso un ampliamento della nozione di danno morale fino a coprire detrimimenti del soggetto che vanno al di là del mero patimento interiore e che sono rappresentati da un altrettanto immateriale pregiudizio delle condizioni di vita nonché delle relazioni interpersonali di cui il danneggiato godeva prima dell'intervento dell'azione anti-giuridica altrui (120).

c) Alcuni orientamenti critici.

L'idea del danno esistenziale come categoria autonoma rispetto al danno morale non ha incontrato solo consensi, ma ha sollevato anche non pochi e pertinenti dubbi sia su un piano di lata politica del diritto sia su un piano di coerenza sistematica rispetto allo stesso modo in cui la responsabilità civile si trova ad essere disciplinata in Italia (121).

Con riferimento al primo aspetto si evidenzia in particolare il rischio di una *overcompensation* determinata da una dilatazione dell'obbligo di risarcitoria cui non corrisponda un accrescimento della sfera dell'interesse leso (122).

L'ampliamento del danno risarcibile e risarcito, in ipotesi di c.d. danno esistenziale, non è conseguenza dell'individuazione di

(119) Si indica al riguardo sin da ora la recente sentenza Cass. SS.UU. 21.2.2002, n. 2515, cit..

(120) Cfr. G. PONZANELLI, *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 339 ss. v. *ampius* paragrafo seguente.

(121) L'A. che ha mosso tali critiche è G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, cit., p. 693 ss.; Id., *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, cit., p. 841 ss.; Id., *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 339 ss.; *Le ragioni alla base di un sistema bipolare e contro il riconoscimento del danno esistenziale*, cit., p. 11 ss.

(122) In tal senso G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, cit., p. 693 gli altri motivi per cui l'Autore dubita dell'introducibilità nel nostro ordinamento della categoria del danno esistenziale sono ricollegabili a tale principale aspetto e sono rappresentati dalla mancanza di strumenti per selezionare i danni risarcibili, dal problematico bilanciamento tra funzione di *compensation* e di *deterrence* propri del sistema di responsabilità civile, dal rischio di una lievitazione dei costi assicurativi, dall'eccessivo potere lasciato anche a giudici non togati.

nuovi centri di interesse lesi, ma rappresenta una pura estensione dell'obbligazione risarcitoria che non potrebbe riconducibile alle funzioni di compensazione e deterrenza cui è improntato il sistema della responsabilità civile.

Accanto a tali perplessità emergono, però, anche dubbi sulla stessa necessità prima che sull'ammissibilità di tale autonoma categoria di danno.

In particolare si osserva come le ragioni che hanno portato la dottrina e la giurisprudenza a tale costruzione sono essenzialmente da ricondurre all'inefficienza di un sistema di responsabilità civile, fondato sul bipolarismo tra danno patrimoniale e danno morale, un'inefficienza almeno in parte riconducibile all'interpretazione restrittiva dell'articolo 2059 che ha ridotto la riparaazione del danno morale ad un puro *pretium doloris* (123).

Se questi sono i problemi che hanno indotto all'elaborazione della categoria del danno esistenziale allora, forse, gli stessi potrebbero trovare adeguata soluzione in un ampliamento dello spazio da riconoscere alla riparaazione del danno morale all'interno del sistema della responsabilità civile (124), un ampliamento che deve muovere in tre direzioni: in primo luogo attraverso la rottura del binomio tra art. 185 c.p. e art. 2059 nella consapevolezza, da un lato, della necessità di una tipizzazione del fenomeno, da un altro, dell'inadeguatezza di una tipizzazione penalizzante; in secondo luogo sarebbe auspicabile il raggiungimento di una completa autonomia del danno morale dal danno patrimoniale, che ne consenta la piena risarcibilità al di là dell'esistenza di un pregiudizio economico cui lo stesso sarebbe causalmente riferibile; infine occorrerebbe ripensare, in una logica più strettamente compensatoria, al contenuto della ripara-

(123) Cfr. G. Ponzanelli, *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale*, cit., p. 339.

In tal senso sembra di poter leggere la sentenza della Cass. 5.11.2002, n. 15449, in *Danno e resp.*, 2003, 266 con nota di G. Ponzanelli.

(124) Per tali considerazioni v. ancora G. Ponzanelli, *op. cit.*, p. 341.

zione del danno morale in modo che la stessa possa rappresentare non più un mero *pretium doloris*, ma un autentico strumento di reintegrazione della situazione giuridica lesa in ogni suo aspetto materiale e immateriale.

Del resto simili orientamenti interpretativi sembrano aver trovato in parte il consenso della giurisprudenza.

Così, con riferimento alla autonomia tra danno morale e danno patrimoniale, la Suprema Corte, in una sentenza pronunciata a sezioni unite, ha riconosciuto l'esistenza di un obbligo alla riparaazione dei pregiudizi non patrimoniali in capo al danneggiante anche quando la sua azione antigiuridica non aveva dato luogo a detrimenti dell'integrità psicofisica o ad altri danni patrimoniali (125).

Ancora in tal senso si può leggere una recente sentenza della Cassazione a sezioni unite la quale, consacrando l'orientamento che ammette la risarcibilità del danno morale a favore dei prosimi congiunti del titolare del diritto al risarcimento del danno biologico, ha finito col porre su piani distinti il danno patrimoniale, all'interno del quale la Corte riconduce anche la categoria dei pregiudizi della sfera esistenziale biologica, e il danno morale (126). Si riconosce, infatti, un detrimento dell'integrità psicofisica risarcibile in capo ad un soggetto diverso dal titolare del diritto alla riparaazione del danno morale (127).

(125) Cfr. Cass. SS.UU. 21.2.2002, n. 2515 cit.

(126) Cfr. Cass. SS.UU. 11.4.1.7.2002, n. 9556, in *Guida al diritto* — *Il sole 24 ore*, 2002, n. 29, 46.

(127) Vero è che in tal modo, però, si va oltre il processo teso a rendere autonoma la voce del danno morale dal danno patrimoniale e si tende a rimettere in discussione la stessa limitazione dell'ambito della risarcibilità ai soli danni che sono conseguenza immediata e diretta dell'azione antigiuridica altrui come è disposto dall'art. 1223. E del resto in base a tali considerazioni che si esclude la risarcibilità del danno morale ai congiunti del soggetto leso nella propria integrità psicofisica. V. da ultimo in tal senso Cass. 23.2.2000 n. 2037, cit.

La Cass. SS.UU. 11.4.1.7.2002, n. 9556, cit. ammette il risarcimento del danno morale dei congiunti sulla base dell'argomentazione che la causalità fra fatto illecito ed evento dannoso può essere anche indiretta e mediata purché quest'ultimo si presenti come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale.

Con riferimento alla terza possibile tendenza evolutiva del concetto di danno morale possiamo ricordare una recente sentenza, da noi già citata, in cui la Cassazione ha accolto la risarcibilità del danno morale *in re proprio* a favore dei congiunti del defunto da quantificarsi non come mero prezzo del lutto, ma come « lesione della dignità umana, tanto più intensa quanto la sofferenza morale attiene agli effetti ed alla integrità di una famiglia numerosa e solidale » (128).

Si viene così a riconoscere un pieno ristoro della posizione giuridica del soggetto leso anche con riferimento ai riflessi che l'azione antiggiuridica altrui può aver avuto sul piano esistenziale mantenendo la dicotomia tra danno morale e danno patrimoniale ed operando attraverso una dilatazione della prima categoria di

Al riguardo la Suprema Corte invoca la figura del *dommage pur ricochet* da tempo riconosciuta in Francia (Cfr. H. e L. MAZAUD-A. TONC, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, Paris, 1965, 6^a ed., pp. 275-291; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, Paris, 1951, 12^a ed., n. 539 ss.; G. VINET-P. JOURDAN, *op. cit.*, p. 128 ss.) come danno subito da soggetti legati da un « *lien de droit* » al danneggiato, che abbia subito una lesione della propria salute. Da notare come la giurisprudenza francese a partire dalla fine degli anni '70 abbia ampliato tale voce di danno anche ad ipotesi in cui il danneggiato principale aveva riportato gravi lesioni ma non era deceduto senza la necessità di provare il carattere « *exceptionnel* » delle sofferenze del danneggiato. Cfr. Cass. 23.5.1977, in RTDC, 1977, 768.

Particolarmente problematica risulta la possibilità di considerare autonomo il diritto al risarcimento del danno *par ricochet*. L'autonomia della relativa azione rispetto all'azione del danneggiato principale è ampiamente riconosciuta in dottrina in particolare da G. VINET, *L'autonomie du droit à la réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale*, in D., 1974, ch., p. 3. Anche la giurisprudenza si è pronunciata a favore di tale soluzione con riferimento alla possibilità per l'assicuratore di estendere al danneggiato *par ricochet* le esclusioni riferibili al danneggiato principale. Cfr. Cass. 28.2.1968, in *Rev. gen. ass. terr.*, 1968, 404.

Tornando alla soluzione prospettata dalla Suprema Corte italiana nella sentenza in esame possono compiersi alcune considerazioni critiche: in primo luogo il sistema francese non conosce una norma come l'art. 1223 del codice civile italiano. Pertanto quando si pensa alla possibilità di importare in Italia i *dommages par ricochet* dobbiamo prendere atto di tale diversa realtà giuridica.

Inoltre nella sua argomentazione la Cassazione rinviene nell'art. 1223 la disciplina del nesso di causalità degli illeciti civili. La dottrina italiana maggioritaria si è, però, a suo tempo opposta a simile interpretazione. Cfr. F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolici*, in *Foro it.*, 1952, p. 98 ss.
(128) Così Cass. 2.4.2001, n. 4783, cit.

danni che viene elevata da mero *pretium doloris* a strumento di riparazione dei pregiudizi non patrimoniali.

Più difficile da superare, nella logica di un generale ripensamento in relazione allo spazio che deve essere riconosciuto alla riparazione dei danni morali all'interno del sistema della responsabilità civile, è il binomio tra art. 2059 e art. 185 c.p. in cui gli interpreti hanno costretto il danno morale affermando che lo stesso sarebbe suscettibile di indennizzo solo ove il fatto illecito costituisca reato (129).

Come abbiamo avuto modo di sottolineare, nonostante tentativi di rivedere il legame che gli interpreti hanno intessuto tra danno morale e reato finendo per ridurre la riparazione del primo ad una pura appendice civilistica della pena, la tendenza a leggere la norma di cui all'art. 2059 in combinato con l'art. 185 c.p. è ancora presente in giurisprudenza e l'idea della riparazione del danno morale come risarcimento-pena risulta tutt'altro che superata nel panorama della letteratura giuridica italiana (130).

Non è però questa la ragione che importa di dover ripensare alla riparazione del danno esistenziale in termini punitivi, ma è l'impiego del rimedio per obiettivi diversi dalla compensazione di pregiudizi non patrimoniali aventi ad oggetto un deterioramento della condizioni di vita del danneggiato.

Come per il caso dei danni presunti, anche il danno esistenziale può rappresentare uno strumento attraverso cui distorcere la logica strettamente compensatoria del risarcimento laddove il lamentato danno all'esistenza celi l'inesistenza del danno.

Il ristoro dei pregiudizi esistenziali finisce, infatti, in taluni

(129) In tal senso ancora recentemente Cass. 23.2.2000, n. 2037, cit. Pesanti critiche a tale interpretazione restrittiva della giurisprudenza sono state mosse dalla dottrina. Cfr. in particolare F.D. BUSNELL, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, cit., p. 4.

Un radicale mutamento di prospettiva sul punto si è avuto in tre recenti sentenze della Cassazione (Cass. 17.2.12.5.2003, n. 7282, cit., Cass. 17.2.12.5.2003, n. 7281 e 7283, cit., nonché nella sentenza della Consulta 30.6-11.7.2003 n. 233, *V. amplius supra* p. 150).

(130) *V. supra* § 1.3.

casi, per allargare la tutela civile contro gli illeciti oltre i confini del danno indirizzandola a finalità punitive.

In questo senso la dottrina ha ragione di affermare che la riparazione del danno esistenziale assume « autonoma valenza di rimedio punitivo deterrente » (131).

Nuovamente nel sistema della responsabilità civile si insinua l'idea della pena privata e con essa tutti i dubbi sulla riferibilità alla stessa dei principi e delle regole, che governano le sanzioni penali, sui quali risulta fondata l'insicurezza della responsabilità penale.

3. Tutela risarcitoria dei diritti della personalità come ipotesi di sanzione punitiva civile. Dubbi e prospettive.

L'estensione della tutela risarcitoria a situazioni giuridiche soggettive diverse dal diritto di proprietà (132), fino a coprire non solo diritti ma anche interessi meritevoli di tutela (133), e

(131) Così G. PONZANELLI, *op. ult. cit.*, p. 341.

(132) Tra i primi a sottolineare l'importanza di estendere la tutela risarcitoria anche a diritti espressione dell'essere persona si ricorda O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, in *Annali dell'Università di Macerata*, II, 1929 ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. I, Camerino, 1992, p. 200 ss. All'unitario concetto di libertà civile adottato dall'A. sembra però essersi sostituita in tempi più recenti una visione frammentaria della rilevanza giuridica della persona in cui è dato distinguere una pluralità di diritti della personalità. Cfr. N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 417 ss.; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXXIII, Roma, 1990, p. 5; D. MESSINETTI, *op. cit.*, p. 365 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1982, p. 44 ss.

(133) È ormai pacifico in dottrina che l'ingiustizia non debba essere limitata alla condotta *contra ius*. Tesi favorevoli ad una tipicità degli illeciti civili risultano in vero risalenti. In particolare individuano il limite della licità negli indici normativi P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 347; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *For. pad.*, 1960, I, c. 1439 il quale però ammette la possibilità di una semplificazione della fattispecie legalmente prevista. Per contro altri ritengono che il limite del danno ingiusto debba essere segnato attraverso i criteri della solidarietà (S. RODORÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 89 ss.) o dell'utilità sociale (P. TRIMARCI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 100 ss.) o ancora della buona fede (A. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracotrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1398 ss.).

L'orientamento dominante sul punto sembra volto a dar rilevanza anche alle con-

l'ampliamento dei confini del danno morale risarcibile hanno trovato concreta applicazione anche con riferimento ai diritti della personalità (134).

dotte *non iure* ovvero alle ipotesi in cui la lesione non trova un riconoscimento in un espresso divieto ma può essere connotata di antigiuridicità secondo un'interpretazione della norma dell'ordinamento tale da porre la condotta in contrasto con i principi cui lo stesso si ispira. In tal senso E. NAVARRETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 1998, p. 637 ss.; Id., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 53 ss.; F. D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto Privato*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 171 ss.

I canoni attraverso cui determinare l'ingiustizia del danno portano a riflettere sulla tipicità o atipicità degli illeciti civili. Al riguardo si possono indicare le seguenti ricostruzioni teoriche: teoria della tipicità alla quale si può ricondurre il pensiero di P. SCHLESINGER, *op. loc. cit.* e più recentemente A. GORASSINI, *Art. 23 e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e astensione obbligatoria*, cit., p. 262; la teoria della c.d. « tipicità evolutiva » a cui pare riferibile l'idea di danno ingiusto adottata da C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 1989, p. 579; la teoria della atipicità in merito, alla quale si possono ricordare G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, *passim*; F. GALGANO, *Le nobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 1 ss.; M. FRANZONI, *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, ivi, 1993, p. 274 ss.; G. VISINTINI, *Itinerario dottrinale sull'ingiustizia del danno*, ivi, 1987, p. 73 ss.

All'interno di questa scuola di pensiero occorre distinguere chi considera l'art. 2043 una clausola generale (Cfr. S. RODORÀ, *op. ult. cit.*, p. 116; F. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 278; G. VISINTINI, *op. loc. ult. cit.*) e chi parla di norma generale (Cfr. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 123. Questi ultimi in particolare avverta il potere normativo che la teoria della clausola generale riconosce alla giurisprudenza. Ancora in tal senso si può indicare C. SCOGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. V, Roma, 1996, p. 8).

(134) I diritti fondamentali entrano nelle regole sulla responsabilità civile attraverso un procedimento dialettico tra regole e principi secondo un movimento che va « dai principi alle regole quando i primi si calano nei precetti della responsabilità civile, dalle regole ai principi, quando quelle si elevano in un tentativo di rinnovamento esegetico guidato e controllato dai principi » così E. NAVARRETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, cit., p. 628-629. In dottrina vi è stato chi ha affermato che per tal via i principi costituzionali avrebbero « scalzato le norme ordinarie dalla loro posizione di supremazia nell'ambito del diritto positivo »: così A. FAZZEA, *La costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 261 ss.

Diverso è il problema di eventuali conflitti tra gli interessi in gioco. Così alcuni Autori confidano nelle capacità dei giudici di muoversi secondo criteri di ragionevolezza attraverso un bilanciamento di tali interessi che permetta loro di individuare di volta in volta quello prevalente. Così G. ZAGREBIENSKI, *Il diritto mile*, Torino, 1992, p. 170 ss.; M. BUI, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento di interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 42 ss. Non è mancato però in dottrina chi ha messo in discussione l'eccessiva libertà che una simile ricostruzione lascerebbe ai giudici. Cfr. D.

I giudici si sono, così, dovuti confrontare col problema della determinazione del *quantum debetur* in ipotesi di violazione di situazioni giuridiche la cui lesione non importa necessariamente un detrimento del patrimonio del danneggiato. I diritti della personalità, infatti, non sono espressione dell'avere ma dell'essere del soggetto (135), e, quindi, la loro violazione non determina necessariamente un depauperamento.

Non è, pertanto, sempre possibile determinare il *quantum debetur* in relazione alla differenza matematica tra l'entità del patrimonio del soggetto prima e dopo l'azione lesiva altrui. Sotto questo profilo il problema della tutela dei diritti della personalità si presenta solo come una peculiare applicazione della più vasta problematica della estensione della tutela compensatoria a pregiudizi non avvenuti un immediato corrispondente positivo in denaro su cui abbiamo già avuto modo di prendere posizione nei paragrafi precedenti e che trova soluzione disancorando il calcolo dell'entità dell'obbligazione risarcitoria dal disvalore prodottosi

MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 172 ss. Su un possibile conseguente incremento delle azioni di danno v. C. SAVI, *Il paradosso della r.c.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 123 ss. Il problema è particolarmente avvertito nei paesi di *common law* v. P. AITAH, *The damages lottery*, Oxford, 1997, in particolare p. 143 ove l'A., riferendosi però più al problema dell'incremento dell'entità dei risarcimenti, ironizza sul sistema risarcitorio asserendo che « *it is not too much to say that it is a lottery; a lottery by law* ».

In particolare E. NAVARETTA, *op. cit.*, pp. 636-637 mette in evidenza la difficoltà di individuare una rigida gerarchia tra gli interessi di volta in volta in gioco. L'A. ritiene così a tal fine che sia opportuno fare riferimento alle regole in cui si specifica il principio di abuso del diritto. In tal senso precedentemente E. NAVARETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., p. 53 ss.; F.D. BUSNELLI-E. NAVARETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171 ss.

Tale soluzione sembra trovare la propria logica premessa nel collegamento del concetto di « abuso del diritto al modo di essere e di porsi dell'interpretazione giuridica, (il che) significa svincolare le radici dalla legalità dei testi scritti »: così G. FORGUELE, *Foglio di presentazione*, in *Diritto Privato*, III, cit., p. XIII.

(135) Vedono nei diritti della personalità un generale riconoscimento giuridico della dignità umana E. NAVARETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole costituzionali*, cit., p. 626; V. ZENO ZENCOVICH, *Personalità (Diritti della)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., vol. V, Torino, 1995, p. 436; L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1224 ss.

nel patrimonio del danneggiato in conseguenza dell'azione anti-giuridica altrui.

Tali considerazioni non rappresentano, però, ancora una risposta adeguata agli interrogativi che si pongono in materia di tutela riparatoria dei diritti della personalità in relazione ai quali si presenta un ulteriore problema: individuare qual è in concreto il pregiudizio conseguente all'illecito onde poterlo compensare con un'utilità corrispondente.

In ipotesi di torti avvenuti ad oggetto diritti della personalità, infatti, non sempre la relativa lesione trova espressione in un dato esterno al danneggiato, ma spesso rimane un fenomeno interiore a quest'ultimo il quale si trova a patire un detrimento in virtù della sola lesione di una situazione soggettiva espressione del suo modo di essere e di relazionarsi col resto della società.

Una volta ammessa la risarcibilità di tali diritti resta, pertanto, il problema di individuare un punto di riferimento che possa costituire la base per determinare il *quantum debetur* ovvero l'utilità con cui compensare la lesione.

Il problema è, quindi, in parte diverso da quello, individuato nei paragrafi precedenti, riguardo alla determinazione del risarcimento di pregiudizi non patrimoniali.

In questo ultimo caso la questione consisteva nell'individuare utilità equivalenti per un detrimento che non sembra trovarne in natura, perché la lesione, una volta prodotta, resta un marchio indelebile nella sfera giuridica del danneggiato.

Nell'ipotesi della lesione dei diritti della personalità, invece, il problema non concerne il come compensare, ma cosa compensare dal momento che l'offesa non sempre trova esteriorizzazione in un danno percepibile da soggetti diversi dal danneggiato.

Nella quantificazione del risarcimento per lesione di diritti della personalità i giudici si sono pertanto mossi, in alcuni casi, dando rilevanza alla posizione della vittima (136).

(136) Così in caso di lesione dell'onore si tiene generalmente conto del clamore che la notizia può aver provocato, nonché della posizione sociale del diffamato. Cfr.

L'entità del danno viene determinata tenuto conto della condizione economica e sociale del danneggiato prima e dopo l'azione antiggiuridica altrui secondo un procedimento logico che ha non poche similitudini con quello operato dalla *Differenztheorie* con riferimento al patrimonio del soggetto passivo dell'illiceito (137).

In altri casi i giudici hanno spostato la loro attenzione nella determinazione del *quantum debeat* dallo « offeso » all'offesa. Si è così fatto riferimento, a tal fine, alla gravità dell'illiceito, richiamando anche i criteri indicati per la determinazione della pena nel codice penale all'art. 133 c.p. (138), circostanza questa

Cass. 2.5.1991, n. 4785, in *Corr. Giur.*, 1991, 967; Cass. 1.3.1993, n. 2491, in *Dir. inf.*, 1993, 383. Per la giurisprudenza di merito Trib. Roma 28.9.1993, in *Foro it.*, 1995, I, 1021; Trib. Roma 20.7.1993, in *Giur.*, 1994, 115; Trib. Roma 1.4.1995, in *Foro it.*, 1996, I, 658; Trib. Roma 2.5.1995, in *Foro it.*, 1996, I, 657; C. App. Milano 23.12.1996, in *Dir. inf.*, 1997, 585. Su tale giurisprudenza vedi M. PISKO, *Le conseguenze non patrimoniali della lesione dell'onore*, in *Il danno esistenziale*, a cura di P. Cendon e P. Zviz, Milano, 2000, p. 281 ss.

In dottrina sul tema V. ZENO ZENCOVICI, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 275 ss.

Particolare è la soluzione adottata dal Trib. Roma 20.7.1991, in *Dir. inf.*, 1992, p. 88 il quale si richiama al « prezzo del consenso ovvero alla utilità economica che il soggetto avrebbe potuto ricavare se avesse prestato il proprio consenso alla pubblicazione ». In tal caso si dice che « il *fori* equivale ad un *contract* »: così P. G. MONATERI, *Responsabilità extraccontrattuale fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 716.

Anche con riferimento alla lesione dell'identità personale non mancano ipotesi in cui la prova del danno si ritiene necessaria (Tribunale Pescara, 5.10.1989, in *Dir. inf.*, 1990, 997) e lo stesso è valutato tenuto conto del detrimimento della sfera soggettiva del lesso (notorietà, ecc.). V. Cass. 10.4.1996, n. 3341, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 66 con nota di L. Calatà.

Ancora in un caso di violazione del diritto all'immagine, il Tribunale Verona, 26.2.1996, in *Studiium Iuris*, 1995, 752 ha statuito che « La pubblicazione non autorizzata di un'immagine raffigurante un personaggio pubblico o tratta da pubblico avvenimento avulsa dal contesto originale ed inserita in un diverso contesto che compori un travisamento del patrimonio intellettuale, politico o sociale del rappresentato, integra violazione del diritto all'identità personale, protetto dall'art. 2 cost., anche in assenza di una lesione del diritto all'onore o alla dignità. Tale violazione determina un danno risarcibile, suscettibile di liquidazione in via equitativa ex artt. 1226 e 2056 c.c., tenuto conto della riconoscibilità del raffigurato, della divulgazione dell'immagine, dei destinatari e dell'articolazione lesiva dell'eventuale testo a corredo. ».

(137) V. *supra* nota 9.

(138) Così con riferimento alla lesione dell'onore la C. App. Roma 5.11.1990, in *Dir. inf.*, 1991, 845 si richiama all'art. 133 c.p. ove sono indicati criteri che soddisfanno

che ha indotto parte della dottrina ad affermare che « non si può più negare in alcun modo che i *punitivae damages* siano ormai presenti nel nostro ordinamento » (139).

Si osserva, infatti, come la mancanza in tali ipotesi di quel *quid pluris* che vale a distinguere il risarcimento dalla pena, ovvero il danno, finirebbe per orientare il giudice, di fronte alla pretesa risarcitoria del danneggiato, non più verso la ricostruzione della sfera giuridica dello stesso, ma verso la compensazione della lesione aspramente considerata (140).

« La finalità satisfattiva ed insieme punitiva della tutela riparatrice ». Nell'entità del risarcimento in particolare i giudici hanno tenuto conto delle condizioni economiche del responsabile e del vantaggio economico conseguito dal reato.

Anche più recentemente si è affermato che occorre una « quantificazione che sia proporzionata alla gravità del reato ed all'entità delle sofferenze patite dalla vittima, tenendo conto di tutti gli elementi della fattispecie, tra cui l'età, il sesso, il grado di sensibilità del danneggiato, la gravità ed entità dell'offesa in sé. In particolare, con riguardo ai fatti lesivi dell'onore e della reputazione, sarà, altresì, necessario tener conto delle condizioni sociali del danneggiato in rapporto alla sua collocazione professionale e, più in generale, al suo inserimento nel contesto sociale, elementi, questi, che valgono a dare una più esatta dimensione quantitativa al discredito che l'offesa è in grado di produrre e, in definitiva, al pregiudizio da risarcire »: così Cass. 2.7.1997, n. 5944, in *Giust. civ. mass.*, 1997.

Varie ancora sono le sentenze più risalenti nel tempo in cui si è dato atto della gravità dell'offesa Trib. Napoli 28. 10. 18, 1990 in *Dir. inf.*, 1990, 151; Trib. Napoli 18.9.1989, *ivi*, 1990, 144; Trib. Roma 24.1.1989, *ivi*, 1989, 930; Trib. Roma 6.4.1988, *ivi*, 1988, 837; Trib. Roma 24.11.1992, *ivi*, 1992, 78; Tribunale Roma, 28.11.1992, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 935 nota F. GIULIOTTI, *La lesione del diritto all'identità personale tra tipicità della tutela ed atipicità del fatto lesivo: l'uso di sosta di personaggio noto*.

(139) Così P. G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.* In senso analogo P. CENDON, *Le misure compulsive a carattere pecuniario*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, vol. I, Napoli, 1989, p. 293 ss.

(140) Il problema si è posto tra l'altro con riferimento al diritto all'identità personale ovvero al diritto a veder salvaguardato « il profilo ideale della persona attraverso le rappresentazioni che mass-media, agenzie di informazioni, opinion makers, e altri soggetti che divulgano notizie — in piena libertà di d'azione e di espressione — possano proporre »: così G. ALVA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto alla identità personale*, in *Giur. merito*, 1989, I, p. 464 ss. Il pieno riconoscimento del diritto all'identità personale si manifesta in giurisprudenza con la sentenza Cass. 22.6.1986, n. 3769, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 647, la quale colloca su un piano di autonomia l'identità personale rispetto al diritto al nome, e all'immagine « mentre i segni distintivi (nome, pseudonimo) identificano, nell'attuale ordinamento, il soggetto sul piano dell'esistenza mate-

Contro simili conclusioni si può richiamare quanto osservava un Autore, da noi ripetutamente citato (141), il quale, nel tentativo di dare una sistemazione alle ipotesi di riparazione di lesioni non pecuniarie che risultavano esorbitare dai confini del risarcimento del danno, negava che tali rimedi fossero da qualificarsi come pene:

Il riferimento a parametri diversi dal danno materiale, in questo caso, non sarebbe, infatti, dettato dalla necessità di dare attuazione alla funzione affittiva dei rimedi in questione, ma dall'impossibilità, per il giudice, di trovare altri punti di riferimento cui improntare il proprio potere equitativo (142).

Tali considerazioni non valgono, però, ancora ad escludere l'esistenza di autentiche sanzioni punitive nel sistema delle tecniche di tutela privatistiche contro i torti lesivi di diritti della personalità.

riale e della condizione civile e legale e l'immagine evoca le mere sembianze fisiche della persona, l'identità rappresenta, invece, una formula sintetica per contraddistinguere il soggetto da un punto di vista globale delle sue specifiche caratteristiche e manifestazione (morali, sociali, politiche, intellettuali, professionali) cioè per esprimere la concreta ed effettiva personalità individuale del soggetto quale si è venuta solidificando od appariva destinata, in base a circostanze univoche, a solidificarsi nella vita di relazione». Sull'autonomia di tale diritto in dottrina F. MACROCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984, p. 12 ss.

In tal caso l'idealità della situazione giuridica soggettiva tutelata rappresenta un ostacolo all'emersione delle conseguenze dannose relative alla sua eventuale lesione.

Risulta, quindi, ampio il potere del giudice nel determinare l'obbligazione risarcitoria in considerazione della sostanziale incommensurabilità dei valori della persona coinvolti nella lesione del diritto all'identità personale.

Occorre inoltre considerare la progressiva espansione di tale diritto ad opera degli interpreti che hanno riconosciuto l'esistenza della relativa lesione non solo nell'emissione di notizie false, ma anche nella circolazione di notizie vere ma atinenti ad un passato ormai lontano. Cfr G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Rev. dir. civ.*, 1990, p. 801 ss.

In tali casi la mancanza di un pregiudizio materialmente percepibile e commentabile ha portato la giurisprudenza a fondare l'obbligazione risarcitoria su un danno *in re ipsa*. Così Pret. Roma 3.10.1986, in *Dir. inf.*, 1987, p. 244.

(141) Intendiamo riferirci a Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 94 ss.

(142) « La *pecunia doloris* cercherà sempre di essere un'indennità corrispondente all'entità del danno, pur potendosi tenere conto anche di altri elementi quali potrebbero essere la maggiore o minore colpeabilità del reo»: così Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 44. Sul punto v. inoltre *supra* p. 114.

L'idea di pena privata in questo peculiare ambito si presenta non solo quale via percorribile per superare l'impasse qualificatoria di fronte al risarcimento di lesioni nella sostanza non risarcibili, ma anche quale strumento per corroborare la funzione preventivo deterrente della responsabilità civile a fronte di ipotesi in cui il risarcimento del danno non sembra pienamente rispondere a tale funzione per la lieve entità del *quantum debetur* rispetto alla gravità dell'offesa (143).

Il ristoro per utilità equivalenti, infatti, ove fosse attuabile in concreto, non parrebbe sufficiente ad esplicitare quella funzione preventiva cui la responsabilità civile dovrebbe essere indirizzata anche se non in via esclusiva (144).

La logica risarcitoria applicata ai diritti della personalità, essendo limitata a rinvenire una sorta di corrispettivo per la lesione, finirebbe, infatti, per rappresentare una via attraverso la quale poter realizzare un'ingerenza nei diritti altrui senza il dovuto consenso.

L'insufficienza del rimedio risarcitorio potrebbe allora essere risolta attraverso un incremento del *quantum debetur*, rispetto

(143) V. *amplius infra* capitolo II § 6.

(144) Cfr. A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, p. 180 ss.; P. GALLO, *op. cit.*, p. 77 ss.

Altri Autori riflettono sull'importanza che potrebbe assumere in tal caso il risarcimento in forma specifica il quale ha « prevalenza (o dovrebbe avere, interpretazioni giurisprudenziali permettendo) nei casi in cui sia possibile ed opportuno considerare il diritto leso come qualcosa di più o di diverso di un semplice flusso di utilità, la cui interruzione venga legittimata compensando il titolare della perdita subita»: così M.R. MARTELLO, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, p. 169.

L'A. individua in tale rimedio una regola mista da porre come termine medio tra i due opposti individuati nella *property rule* e nella *liability rule*. Per tale distinzione e sulla insufficienza, in ipotesi di lesione di diritti della personalità, della *liability rule* come azione mediantе la quale si attribuisce un corrispettivo per un diritto di cui il rispettivo titolare è stato spogliato, vedi G. CALABRESI-A.D. MELAMEND, *Property rules, liability rules and inalienability*. One view of the Cathedral, in *Harv. L. Rev.*, 85, (1972), p. 1089 ss.

Altri, invece, riconoscono l'inadeguatezza della tutela risarcitoria in caso di lesione di diritti della personalità rispetto alla tutela inibitoria. In tal senso A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, p. 1 ss.

alla mera equivalenza della lesione, un incremento che sia di entità tale da disincentivare la reiterazione del torto e che trovi giustificazione non più nella necessità di ristorare il pregiudizio patito dal danneggiato, ma nell'esigenza dell'ordinamento di dare una risposta adeguata all'illecito.

4. *L'idea della pena nella tutela dell'ambiente come bene giuridico.*

La logica risarcitoria risulta insufficiente anche per la tutela dell'ambiente inteso come bene giuridico (145).

(145) Sulla peculiarità dell'evento danno nella tutela dell'ambiente v. A. LAMAZZUZZA, *Il danno ambientale*, Napoli, 2002.

Sulla emersione dell'ambiente come bene giuridicamente rilevante dopo la L. 8.7.1986 n. 349 B. Pozzo, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità — Esperienze giuridiche a confronto*, Milano, 1996, p. 113 ss.; M. LEBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto all'ambiente*, in *Riv. cit. dir. priv.*, 1987, p. 567. In dottrina comunque si parlava di « danno alla vita nell'ambiente » già in epoca precedente. L'espressione è di M. COMPORTI, *Responsabilità civile per danni da inquinamento*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di N. Lipari, Bari, 1974, p. 355. È stato, infatti, rilevato come l'ambiente risultasse già suscettibile di tutela giuridica prima della suddetta legge in base al combinato risultante degli artt. 2, 3, 9, 41, 42. Cost. e art. 2043 c.c. V. in tal senso Cass. 3.2.1998, n. 1087, in *Danno resp.*, 1998, p. 1117 con nota L. Prati e prima ancora Cass. 1.9.1995, n. 9211, in *Riv. giur. ambiente*, 1996, 469 su cui L. Prati, *La « fonte generica » del danno ambientale nella recente giurisprudenza*, in *Danno resp.*, 1998, p. 136 ss.

Un particolare sforzo sistematico è stato richiesto alla dottrina nella distinzione tra danno all'ambiente e lesione al diritto ad un ambiente salubre inteso come particolare ipotesi di lesione del diritto alla salute. Cfr. L. FRANCARO, *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986*, in *Riv. cit. dir. priv.*, 1987, p. 485.

La tutela risarcitoria del diritto all'ambiente salubre ha trovato pieno accoglimento in due sentenze della Suprema Corte: Cass. 9.3.1979, n. 1463, in *Giur. Civ.*, 1979, I, 764 con nota A. Postiglione, la quale ha riconosciuto il diritto al risarcimento del proprietario dei beni collocati nella zona in cui si è verificato il danno ambientale, e Cass. 16.10.1979, n. 5172, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 464, in cui i giudici hanno riconosciuto direttamente la tutela della salute. Sul punto G. ALFA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: « nuovo diritto » o « espedito tecnico »*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 4 ss.

Particolarmente problematica, al riguardo, è la possibilità di riconoscere rilevanza alle lesioni potenziali derivanti dalla esposizione a sostanze che possono generare patologie mortali. Si tratta della questione della risarcibilità del c.d. stress emozionale. Il riconoscimento di tale categoria di danni è stato puramente simbolico in due celebri sentenze di merito nel caso Severo Trib. Milano 11.7.1991 e C. App. Milano 15.4.1994.

L'ambiente, infatti, non è un bene avente una propria fisicità empiricamente percepibile, ma è un'entità astratta rappresentata dall'insieme dei processi biologici che danno vita ai fenomeni naturali.

Si potrebbe così ridurre il problema dell'applicazione della logica risarcitoria in tale ipotesi ad una pura questione di accertamento dell'*an* e del *quantum debetur* in presenza di lesioni di entità astratte, questione che abbiamo già affrontato con riferimento alla violazione dei diritti della personalità.

Vero è che, in caso di lesione dell'ambiente il problema dell'incommensurabilità del pregiudizio si presenta sotto un differente profilo: in caso di lesione dei diritti della personalità, l'incommensurabilità era legata al carattere soggettivo dei detrimenti conseguenti alla violazione del diritto o dell'interesse meritevole di tutela dal momento che gli stessi sarebbero suscettibili di manifestazione non solo a livello patrimoniale, ma anche a livello di fenomeni puramente interiori al soggetto leso, al suo *modus vivendi* e di relazionarsi col resto della società.

Diversamente l'immaterialità dell'ambiente non dipende dalla interiorità dei fenomeni in cui trova attuazione la sua lesione, ma dal suo modo di essere: l'ambiente è un sistema di processi biologici ordinati da leggi naturali.

La lesione dell'ambiente, inteso come equilibrio dei vari fattori che guidano simili processi biologici, è, quindi, rappresentata dall'interferenza che l'azione umana può determinare nel regolare svolgimento degli stessi.

La turbativa dell'eco-sistema, quindi, non si risolve in un evento puntuale, ma finisce per avere riflessi sulle varie componenti di tale equilibrio (146).

in *Resp. civ. e prev.*, 1995, I, 143 con nota di D. FEOIA, *Il caso « Severo » e la risarcibilità dei danni non patrimoniali alla collettività vittima di un disastro ambientale*. Da ultimo tale danno è stato riconosciuto come risarcibile, peraltro con condanna a un'obbligazione risarcitoria di considerevole entità, dalla Cass. SS.UU. 21.2.2002, n. 2515, cit. (146) Cfr. B. Pozzo, *ult. op. loc. cit.*