

Danno ingiusto e danno risarcibile nella responsabilità civile

Prof. Massimo Franzoni

Ordinario di diritto privato dell'Università di Bologna

INDICE GENERALE



SOMMARIO: 1. I criteri selettivi del danno risarcibile negli artt. 2043 e 2059 c.c. – 2. L'ingiustizia del danno nei c.d. “*illeciti di confine*”. – 3. Il danno evento ed il danno conseguenza nella tutela della persona umana. – 4. Il danno evento ed il danno conseguenza nella lesione di interessi legittimi? – 5. Il punto critico nel danno aquiliano per la tutela dei diritti della personalità. – 6. Il danno non patrimoniale. – 7. Un nuovo concetto di danno risarcibile, una nuova funzione del risarcimento.

1. I criteri selettivi del danno risarcibile negli artt. 2043 e 2059 c.c.

Nell'art. 2043 c.c. la parola *danno* è ripetuta due volte; compare nella parte iniziale: «qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un *danno ingiusto*»; ed una seconda volta nella parte finale: «obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il *danno*». Certamente questa circostanza dipende da una povertà della lingua italiana. Il punto è che si menziona due volte il danno, ed ogni volta il significato è diverso. La prima volta è inteso come clausola generale, ossia come interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. La seconda volta è inteso come danno patrimoniale; tradizionalmente si distingue tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, collocando il primo nella seconda parte dell'art. 2043, ed il secondo nell'art. 2059 c.c.

Questa bipartizione, che ha retto usualmente il doppio criterio selettivo del danno aquiliano, regolato dalla clausola generale dell'ingiustizia, conserva tuttora una indubbia utilità. Ciononostante ho l'impressione che il senso del dibattito attuale in tema di responsabilità civile induca a ripensare se le nuove frontiere riguardino il danno ingiusto oppure il danno aquiliano come danno risarcibile. Ho l'impressione che sul fronte della clausola generale, dopo la Sentenza 500 del 1999, non ci sia più nulla da indagare. Con la Sentenza 500, il termine ingiustizia, ossia la lesione di una situazione protetta dall'ordinamento giuridico, per dirla con il Rodotà del 1964, oppure di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, rileggendo l'art. 1322, comma 2°, c.c. adattato al danno aquiliano, non significa più soltanto danno *contra ius*.

2. L'ingiustizia del danno nei c.d. “*illeciti di confine*”.

Probabilmente occorrerà soffermarsi ancora sugli illeciti di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ma queste questioni non investono direttamente la clausola di ingiustizia, bensì pongono problemi di qualificazione dell'illecito nel suo complesso. Pensiamo all'ipotesi della doppia vendita immobiliare: il venditore cede prima a Tizio che non trascrive, dopodiché cede a Caio, che trascrive e rende opponibile il suo acquisto. Pur potendo opporre il suo acquisto, può essere Caio chiamato a risarcire il danno nei confronti di Tizio in via aquiliana? Si risponde affermativamente. Si aggiunge: il secondo acquirente, primo trascrivente, risponde in via aquiliana per concorso nell'adempimento; mentre il venditore è sicuramente responsabile in base al contratto, verso il primo venditore. Per la verità è da dimostrare che tale responsabilità sia davvero di natura contrattuale.

La vendita è un contratto ad effetti reali, e l'effetto reale non è oggetto di obbligazione: è effetto reale e basta. Ipotizziamo che il pagamento del prezzo sia stato eseguito con il primo acquirente, che la consegna del bene al primo acquirente sia avvenuta. Diventa ugualmente proprietario il secondo acquirente, per effetto della trascrizione, ma rispetto al primo contraente il contratto ha esaurito completamente la sua efficacia, dunque si dovrebbe ritenerlo estinto. La generalità degli interpreti afferma che qui non si possono invocare le norme sull'evizione, giacché il fatto è successivo alla perfezione del contratto, mentre per l'evizione è richiesto che questo sia anteriore. Si sottolinea, peraltro, che il venditore non è stato in buona fede, quando ha venduto una seconda volta lo stesso bene; attraverso la buona fede si ritorna al contratto, a questo si collega la



responsabilità per la violazione dell'obbligo di non pregiudicare l'acquisto, e si afferma che la responsabilità del venditore verso il primo acquirente è contrattuale. Probabilmente, con soluzione meno felice, si sarebbe potuto sostenere anche che la stipulazione di un contratto, i cui effetti erano già esauriti fra le parti, era stato lo strumento per realizzare un illecito in danno del primo acquirente, sanzionabile con la responsabilità civile.

Questo è un esempio tipico in cui vale la pena di riflettere per le cd. *zone di confine* tra responsabilità civile e responsabilità contrattuale. Probabilmente questi problemi sono fuori del catalogo di interessi protetti con la clausola generale di ingiustizia, sicché rinnovo l'impressione che al danno ingiusto non si possa più chiedere nulla. Probabilmente oggi è più opportuno interrogarsi sui confini del danno aquiliano, ossia sul concetto di danno risarcibile che tende a collocare una parte rilevante del danno non patrimoniale nell'art. 2043 c.c., liberandolo dalla riserva di legge dell'art. 2059 c.c.: questo è il vero problema. Le altre vicende prospettate pongono un problema di qualificazione non già di ampliamento degli interessi oggetto di tutela.

3. Il danno evento ed il danno conseguenza nella tutela della persona umana.

Un punto critico nella riflessione su questi temi è la distinzione ormai entrata nel linguaggio corrente fra danno evento e danno conseguenza. Secondo la tradizionale partizione fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, tutti i danni sono conseguenza di un certo evento naturalistico, se questo assuma il carattere del danno ingiusto.

Si afferma che, per alcuni danni, sia sufficiente il solo danno evento, ossia la lesione alla situazione soggettiva protetta. Questo procedere ha rotto gli schemi, così come per altri versi, rompono gli schemi quelle pronunce del Tar Puglia o del Consiglio di Stato quando affermano il diritto del privato di essere risarcito per il solo fatto che il procedimento amministrativo sia stato violato. Nella tradizione giuridica esiste il danno come lesione del patrimonio inteso in senso lato (non soltanto comprensivo di beni e di rapporti, ma anche di utilità di tipo diverso), che quindi è tale a condizione che abbia cagionato una concreta perdita patrimoniale. Proprio per questa ragione, sul punto del danno alla persona, molti giuristi hanno sostenuto che il danno alla salute era un danno patrimoniale, seppure al prezzo di compiere notevoli forzature sul punto del concetto di patrimonialità, sempre più spesso desunto dalla natura pecuniaria del risarcimento, anziché dal bene o dall'utilità colpita dal sinistro.

Questa rottura si è manifestata in modo evidente quando la Cassazione ha incominciato a definire il danno biologico o danno alla salute quale *tertium genus*, tra il danno patrimoniale vero e proprio (perdita della capacità lavorativa, perdita di occasioni di lavoro, etc.) ed il danno non patrimoniale (quello dell'art. 2059 c.c., per il quale normalmente è richiesto un fatto che costituisca reato).

Il *tertium genus* si profila quale danno evento in sé, ma il danno evento in sé da risarcire che cos'è? Secondo l'impianto concettuale tramandatoci dalla tradizione, in tanto si può avere un danno patrimoniale, in quanto si possa misurarlo con un criterio sicuro. Fino a quando vi è il mercato che costituisce il metro di misura attraverso cui stabilire il prezzo dei beni, corrispondentemente si può stimare il danno. Che dire, quando il criterio di misura viene a mancare? Probabilmente occorre sostenere che la funzione del risarcimento non sia soltanto quella di compensare la perdita subita ad un patrimonio, ancorché inteso in senso ampio. La funzione compensativa è quella in base alla quale, in termini di equivalenza giuridica, si riporta un patrimonio nello stato in cui era prima della commissione del fatto, tenuto conto dell'interesse soggettivo della vittima pregiudicato da un certo evento dannoso.

Quando si afferma l'esistenza di un danno evento, di per sé risarcibile, seppur attraverso un criterio sociale tipico quale quello del valore a punto di invalidità permanente (prima c'era quello del triplo della pensione sociale), come è possibile ragionare in termini di patrimonialità o non patrimonialità? Ma se così è, qual è la funzione di questo risarcimento? Per il momento lascio questa domanda in sospeso.

4. Il danno evento ed il danno conseguenza nella lesione di interessi legittimi?

Quando le pronunce in tema di risarcimento del danno da interesse legittimo ipotizzano la semplice lesione della correttezza del procedimento, e sulla base di ciò risarciscono il danno, occorre necessariamente ragionare in termini analoghi a quelli appena osservati nella tutela della persona, oppure la tecnica del danno patrimoniale conserva attualità? In buona sostanza che cosa è risarcito? È risarcito il fatto di aver perso tempo, nell'aver svolto un'attività con la pubblica amministrazione. Il fatto di aver presentato la domanda di partecipazione ad una gara pubblica (indipendentemente dalle possibilità o meno di vincerla)? Avendo perso tempo, sorge il diritto al risarcimento del danno per questo solo fatto.

Sullo sfondo c'è l'attività della pubblica amministrazione che, ai sensi dell'art. 97 Cost., deve essere efficace, efficiente ed imparziale. Ma questi aspetti attengono al profilo della lesione, all'ingiustizia del danno; nulla aggiungono sul punto dei criteri per valutare se da quella lesione si siano prodotte conseguenze economicamente apprezzabili. In effetti, in tali ultimi casi, pare che si sia perso soltanto tempo, talvolta altre occasioni: nulla di più nulla di meno. Ma se così è, allora non è in predicato soltanto la lesione del procedimento. Se si sono perse occasioni, ciò significa che, ragionevolmente, il concorrente avrebbe potuto vincere: quella perdita può essere apprezzabile sotto il profilo dell'interesse contrattuale negativo. Nell'ambito della lesione degli interessi legittimi o di un procedimento, la perdita subita può sempre essere valutata secondo una logica patrimonialistica: perdere tempo può essere economicamente apprezzato.

Tutto ciò per sostenere che anche l'apertura al risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi non presenta aspetti critici sul punto del danno risarcibile della seconda parte dell'art. 2043 c.c., secondo la tradizionale distinzione fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. Il punto critico in precedenza segnalato a proposito della lesione dei diritti della personalità non si ripresenta in questa sede.

5. Il punto critico nel danno aquiliano per la tutela dei diritti della personalità.

Sono convinto che le nuove fenomenologie del danno alla persona non pongano mai un problema di ingiustizia, perché, quando in questione vi sia la persona, è inutile arrovellarsi per cercare un fondamento normativo di tutela nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella Costituzione, in una legge ordinaria. In questi casi il diritto esiste, perché esistono le persone; se non esistessero le persone, non esisterebbe il diritto. Quando in sede aquiliana si voglia tutelare una posizione soggettiva della persona, è sufficiente un richiamo piano alla clausola generale contenuta nell'articolo 2 Cost. per risolvere il problema dell'ingiustizia.

Il problema vero in questi illeciti non è l'ingiustizia, ma quello diverso della stima e quantificazione del danno (della seconda parte dell'art. 2043 c.c.), perché manca un criterio di riferimento che consenta di parametrare in negativo ciò che effettivamente la vittima perde. Questo è il vero punto critico nell'impiego della responsabilità civile per la tutela della persona.

6. Il danno non patrimoniale.

Sono convinto che la vera scriminante posta dall'art. 2059 c.c. sia la riserva di legge. Ciò che regge l'art. 2059 c.c., ai nostri giorni, non è la nozione di danno non patrimoniale, ma è la limitazione legislativa in esso contenuta. E la riserva di legge ancora oggi, nonostante le recenti estensioni introdotte sul piano legislativo (la legge sulla privacy, la legge Pinto, quella sulla responsabilità civile dei magistrati), resta in ogni modo tutto incentrata intorno all'art. 185 del Codice Penale.

Ma se così è, *de iure condito*, come qualificare questo danno non patrimoniale? Il punto decisivo è che occorre un fatto che costituisca reato; ma allora il problema del danno non patrimoniale va risolto accettando l'idea che questo non è un vero e proprio danno inteso nella comune accezione del termine; quantomeno non è una perdita da compensare per ripristinare un'astratta idea di patrimonio violato. Chironi già nel 1897 sosteneva che, per il danno non patrimoniale, sarebbe stato opportuno esprimersi nei termini di riparazione e non di risarcimento. Il

risarcimento doveva riguardare esclusivamente il danno patrimoniale. Storicamente questa idea non è stata recepita, specie in sede legislativa, ma ha dalla sua parte l'idea che il danno non patrimoniale è al di fuori di una logica di mercato, dal concetto di patrimonio e così via.

Qui il denaro serve soltanto per creare alle vittime utilità alternative, alla presenza di una legge che lo consente espressamente, per un certo fatto. In sostanza, ora come allora, si tratta di una sanzione civile indiretta, introdotta legislativamente in ragione della particolare riprovevolezza di un certo fatto o del particolare interesse sociale alla sua prevenzione. Qualcuno ritiene che il risarcimento del danno non patrimoniale finisca per trovarsi in sovrapposizione con altre voci di danno a diritti della personalità, specie quando di questi si ammetta il risarcimento per il solo fatto che la posizione sia costituzionalmente protetta: in presenza della sola lesione, senza valutare le conseguenze patrimoniali di quel fatto, spesso inconsistenti.

Senonché, la qualificazione del danno non patrimoniale nei termini di una sanzione civile indiretta esclude che si possano ottenere sovrapposizioni di sorta; in ogni caso, proprio perché è la legge a consentire il risarcimento del danno non patrimoniale, non possono mai aversi doppi indennizzi, dato che è stato il legislatore a volere proprio quel risarcimento. Resta tuttavia da giustificare la traslazione di una certa idea di danno non patrimoniale dall'art. 2059 c.c. all'art. 2043 c.c., seconda parte, in questo modo privato di alcuna riserva di legge.

In un recente convegno sul danno esistenziale ho fatto una provocazione. Ipotizziamo di sopprimere l'art. 2059 c.c., addirittura modifichiamo anche l'art. 185 c.p., nella parte in cui prevede il danno non patrimoniale. Alla luce del nuovo quadro, come considerare tutti casi che direttamente o indirettamente sono da ricondurre alla nuova figura del danno esistenziale? Quale decisione per il caso dello studente che abbia inutilmente osservato lunghe attese presso gli sportelli della segreteria universitaria la quale, per un disguido amministrativo, non gli abbia consentito di sostenere gli esami in una certa sessione; di chi ha ricevuto le denunce nelle c.d. cartelle "pazze"; del figlio affidato alla madre che abbia ricevuto in ritardo l'assegno di mantenimento dal padre, subendo da ciò un mero disagio (non è rimasto senza denaro: lo ha soltanto ricevuto in ritardo!). I casi potrebbero proseguire nella elencazione su precedenti che hanno già concesso un risarcimento, de *iure condito*, ma sono già sufficienti per riflettere sul fatto che l'art. 2059 c.c. si pone come falso problema. La sua eventuale soppressione risponde soltanto ad una eventuale esigenza classificatoria, ma non è risolutiva di alcun problema. La questione è che il risarcimento di questi disagi dipende dal modo in cui si considera il danno della parte finale dell'art. 2043 c.c. Certo, se la domanda risarcitoria fosse stata posta proposta all'inizio del secolo scorso, sicuramente la sentenza sarebbe stata di rigetto, ma che dire agli esordi del terzo millennio?

Tutti questi casi non pongono un vero e proprio problema di ingiustizia, dal momento che l'oggetto di tutela è la persona che ha diritto di vivere senza essere molestata; e non mi pare produttivo interrogarsi sull'esistenza di un diritto alla felicità, che pure pare esistere nella costituzione americana. Ancora una volta l'art. 2 Cost. è sufficiente per attribuire protezione a questo interesse che i giudici sembrano già avere ritenuto meritevole di tutela. La vera questione è quale significato attribuire al danno della seconda parte dell'art. 2043 c.c., che costituisce il secondo filtro selettivo del danno aquiliano.

7. Un nuovo concetto di danno risarcibile, una nuova funzione del risarcimento.

Ho l'impressione che quello che cambia non è l'ingiustizia, non è il danno morale, non è il danno patrimoniale, ma la funzione del risarcimento. In questo contesto il risarcimento non ha alcuna funzione compensativa, poiché manca una perdita di reddito, esso assolve una finalità satisfattiva. Si potrebbe obiettare che un cambiamento così radicale nel sistema non potrebbe avvenire, se non per effetto di una legge. Sul punto resto scettico: per il risarcimento degli interessi legittimi, ora finalmente ammesso, non è stato necessario prevedere una legge *ad hoc*, nonostante in passato fosse stata presentata una proposta di modifica dell'art. 2043 c.c., che prevedeva l'introduzione di un secondo comma, proprio per legittimare il risarcimento degli interessi legittimi. Quando vi sono norme che contengono clausole generali o concetti elastici, il potere dell'interprete,

proprio per volontà del legislatore, è a tal punto ampio da consentirgli di ricostruire il sistema alla luce del cambiamento dei tempi.

Siamo in presenza di un fenomeno di questo tipo, poiché nell'art. 2043 c.c. abbiamo una clausola generale (il "danno ingiusto"), ma abbiamo anche una norma elastica nella seconda parte della norma ("danno"). Anche se il danno può essere individuato come dato pregiuridico, dunque di natura economica, per diventare danno giuridico deve derivare da un fatto costituente danno ingiusto e deve essere risarcibile (art. 2043 c.c., seconda parte).

Il concetto di "danno" della seconda parte dell'art. 2043 c.c. fino ad un certo punto è stato corretto ritenerlo esclusivamente danno patrimoniale, nel rapporto con l'art. 2059 c.c., rubricato "Danni non patrimoniali"; ma, da 15 anni a questa parte, questo schema di ragionamento è stato superato, a prescindere dal dibattito odierno sul danno esistenziale. La vera novità è stata l'introduzione del danno alla salute o danno biologico, risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c., il quale ha imposto una diversa lettura del danno della seconda parte dell'art. 2043 c.c.

Tra i temi attuali, oggetto di un ulteriore ripensamento, c'è il risarcimento del danno da morte. Sul finire degli anni 80, ricordo che l'avvocato Giannini denunciava la grave lacuna del sistema attuale che risarcisce di più una grave lesione all'integrità psico fisica rispetto all'uccisione di una persona. Nel terzo millennio è già stata attribuita dignità ad una serie di pregiudizi classificabili sotto l'etichetta del danno esistenziale. Ciò in conseguenza di due sentenze importanti della Cassazione che, di fatto, riconoscono alla persona umana una valenza ulteriore da tutelare autonomamente, come del resto ritengono i giudici di pace in numerosissime decisioni. Così stanti le cose occorre uno sforzo di fantasia per colmare un vuoto che appare sempre più come una vera e propria lacuna del sistema.

INDICE GENERALE

