

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

VOLUME 4

Abr/Jun 2015

Doutrina Nacional / Ana Carolina Brochado Teixeira / Renata de Lima Rodrigues / Antonio Baptista Gonçalves / Eduardo Nunes de Souza / Thiago Guimarães Moraes

Doutrina Estrangeira / Gerardo Villanacci

Pareceres / Paula A. Forgioni

Atualidades / Fabiano Pinto de Magalhães

Vídeos e Áudios / Luiz Edson Fachin

APRESENTAÇÃO

A **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** tem por objetivo fomentar o diálogo e promover o debate, a partir de perspectiva interdisciplinar, das novidades doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas no âmbito do direito civil e de áreas afins, relativamente ao ordenamento brasileiro e a experiência comparada, que valorize a abordagem histórica, social e cultural dos institutos jurídicos.

A RBDCivil é composta das seguintes seções:

- Editorial;
- Doutrina:
 - (i) doutrina nacional;
 - (ii) doutrina estrangeira;
 - (iii) jurisprudência comentada; e
 - (iv) pareceres;
- Atualidades;
- Vídeos e áudios.

Endereço para contato:

Rua Primeiro de Março, 23 – 10º andar

20010-000 Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Tel.: (55) (21) 2505 3650

Fax: (55) (21) 2531 7072

E-mail: rbdcivil@ibdcivil.org.br

EXPEDIENTE

Diretor

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Conselho Editorial

Francisco Infante Ruiz - Doutor em Direito Civil e Internacional Privado pela *Universidad de Sevilla*, Professor Titular de Direito Civil (Direito Privado Comparado) na *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilla), Espanha.

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino*, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

Luiz Edson Fachin – Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, Brasil.

Paulo Lôbo - Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil.

Pietro Perlingieri - Professor Emérito da *Università del Sannio*. Presidente da *Società Italiana Degli Studiosi del Diritto Civile - SISDiC*. Doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Coordenador Editorial

Aline de Miranda Valverde Terra

Carlos Nelson de Paula Konder

Conselho Assessor

Eduardo Nunes de Souza

Fabiano Pinto de Magalhães

Louise Vago Matieli

Paula Greco Bandeira

Tatiana Quintela Bastos

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Estrangeira

RILEVANZA E BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI NELLA QUALIFICAZIONE E QUANTIFICAZIONE DEL DANNO

Gerardo Villanacci

SUMÁRIO: 1. Il principio di proporzionalità nella misurazione e tutela degli interessi – 2. La rilevanza dell'interesse meritevole nella qualificazione del danno – 3. I temperamenti alla concezione soggettiva di danno – 4. l'interesse nella nuova concezione del danno tanatologico

1. Il principio di proporzionalità nella misurazione e tutela degli interessi

L'interesse esplica, in sede risarcitoria, una duplice funzione assumendo rilevanza nella qualificazione e quantificazione del danno, delineato a seguito del bilanciamento tra tutti i valori in gioco, per effetto del giudizio di proporzionalità il quale, dopo essere stato a lungo inglobato nell'area semantica della ragionevolezza¹ in un improprio rapporto di *genus a species*,² ha conseguito per l'influsso della normativa

¹Il dibattito sull'autonomia concettuale tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità è tutt'altro che superato. Sul punto si v. A. SANDULLI, *Proporzionalità* in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V. vol., Milano, 2006, 4643 ss. Aderiscono alla tesi della coincidenza dei due principi G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 1026; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano 1993; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2001, 421 ss.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Milano, 2000. In senso contrario alla uniformazione dei due principi si v. G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, 421 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Milano, 1998.

²Si v. *ex multis*, Corte Cost. 24 gennaio 2007, n. 26, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. 20 febbraio 2006, n. 46 (*Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento*), nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento (...). La Corte, alla luce del dedotto contrasto della norma *de quo* con il principio di parità delle parti nel processo (ex art. 111 Cost.), ha sostenuto che alterazioni alla simmetria della posizione delle parti processuali sono compatibili con il suddetto principio costituzionale, stante anche il differente ruolo dalle stesse rivestito nell'ambito del

sovranazionale,³ autonomo riconoscimento⁴ di specificazione del principio del *neminem laedere*⁵ e misurazione oggettiva di interessi in conflitto nell'alveo delle indicazioni parametriche della ragione.⁶

Più nel dettaglio il principio di proporzionalità si sostanzia in una valutazione complessiva dei valori che corroborano una certa situazione fattuale e dai quali non si può prescindere nella definizione dell'assetto che sia al tempo stesso il più idoneo alla realizzazione dei fini perseguiti dai soggetti interessati e il meno gravoso per chi ne subisce gli effetti. Ne rappresenta corollario applicativo l'art. 1455 c.c. che in tema di risoluzione del contratto subordina la caducazione del negozio alla gravità dell'inadempimento, vincolando l'interprete all'accertamento oltre che della sussistenza della condotta inadempitiva, anche dell'influenza della stessa nell'economia complessiva del rapporto giuridico. Solo all'esito di tale comparazione l'interprete è in grado di individuare tutte quelle opzioni pratiche, anche diverse dalla risoluzione del contratto e pertanto meno sacrificative della sfera giuridica dell'obbligato, che siano idonee alla realizzazione dell'interesse del creditore. Quest'ultimo è tenuto in conformità al canone di buona fede a tollerare tutte quelle modifiche quantitative e qualitative della prestazione che

processo penale. Tuttavia, prosegue la Corte dette alterazioni sono ammissibili solo se ragionevoli: “*Tale vaglio di ragionevolezza va evidentemente condotto sulla base del rapporto comparativo tra la ratio che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l'ampiezza dello “scalino” da essa creato tra le posizioni delle parti: mirando segnatamente ad acclarare l'adeguatezza della ratio e la proporzionalità dell'ampiezza di tale “scalino” rispetto a quest'ultima. Siffatta verifica non può essere pretermessa, se non a prezzo di un sostanziale svuotamento, in parte qua, della clausola della parità delle parti...*” Nel ragionamento della Corte, dunque, la *proporzionalità* della misura adottata deve essere valutata con riferimento alla *ratio* della legge che va ad incidere sulla regola della parità delle parti nel processo. Il concetto di proporzionalità qui assume valenza per giustificare una formale disparità che però trova la sua giustificazione in ragione del diverso ruolo delle parti nel processo.

³Cfr. art. 1 della legge 241/1990 che espressamente richiama tra i principi quelli di stampo europeo. In particolare recita la norma “*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitari*”.

⁴La Corte di Giustizia ha fatto esplicito riferimento al principio di proporzionalità sin dagli esordi della giurisprudenza. Si v. Corte giust. 16.7. 1956, in causa 8/1955 *Fédération Charbonnière*, in *Racc.*, 1955-56, 199 ss.; Corte giust. 14.12.1962, in cause riun. 5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, in *Racc.*, 1962, 917 ss.; Corte giust., 19.3.1964 in causa 18/63 *Schmitz*, in *Racc.* 1964, 175 ss.

⁵Principio che entra a far parte del diritto amministrativo dalla nota sentenza S.U. 22.7.1999 n. 500 in *Foro amm.*, 1999, 1990 con note di B DELFINO, V. CAIANIELLO; in *Giust. civ.*, 1999, I, 2261 con nota di M.R. MORELLI; in *Foro it.*, 1999, I, 2487 con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, 2487 ss., R. CARANTA, F.FRACCHIA, A.ROMANO E. SCODITTI 3201ss.; in *Europa e dir. priv.*, 1999, 1221 con note di S. AGRIFOGLIO E C. CASTRONOVO; in *Danno e resp.*, 1999, 965 con note di V. CARBONE, G. MONATERI, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, G.PONZANELLI, V. ROPPO; in *Corr. giur.*, 1999, 367 con note di A. DI MAJO, V. MARICONDA, ed editoriale a commento di V. CARBONE, 1061 ss.; in *Resp. civ. prev.* 1999, 981 con note di G. ALPA, G. BILE, G. CUGURRA, R. CARANTA, 897 s.; in *Giur. cost.*, 1999, 3217 con nota di F. SATTA 3233 ss., F.G. COCA, G. AZZARITI 4045 ss.

⁶V. F. CASUCCI, *Il sistema giuridico “proporzionale” nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001.

non incidano in modo sacrificativo sulla sua sfera giuridica e che rappresentino il frutto della giusta proporzione tra le situazioni soggettive di riferimento.

Anche in tema di abuso del diritto la giurisprudenza ha fatto uso del principio di proporzionalità per contemperare gli interessi contrapposti delle parti sindacando gli atti da queste compiuti in termini di congruità del mezzo rispetto al fine. In questo senso si è decretata l'abusività dell'esercizio del diritto ogniqualvolta, pur in assenza di divieti formali, il soggetto abbia tenuto una condotta non necessaria e irrispettosa del principio di buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio alla controparte contrattuale, al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali le stesse facoltà sono attribuite dall'ordinamento.⁷ Ancora, in tema di abuso del processo è stata ritenuta immeritevole di tutela e quindi abusiva la richiesta giudiziale plurima di adempimento di una somma di denaro avente fondamento in un unico rapporto obbligatorio.⁸ La frammentazione della prestazione oltre a produrre un aggravio non necessario della sfera giuridica del debitore e una violazione del principio costituzionale del giusto processo, non trova adeguata giustificazione nel fine perseguito dal creditore che può soddisfare le proprie ragioni mediante strumenti meno sacrificativi degli altri valori in gioco.

Assegnare alla ragionevolezza il ruolo di ponderazione quantitativa dei beni significa sovrapporre il piano statico e oggettivo della proporzione a quello dinamico ed evolutivo della ragione frutto dell'apprezzamento sociale di taluni valori.⁹ Infatti, tali principi, pur utilizzando medesimi parametri, rappresentano momenti diversi del processo decisionale: la ragione produce un giudizio di tipo qualitativo degli interessi da tutelare, frutto del mutamento economico-sociale in continua evoluzione, mentre la proporzione limitandosi a prendere atto di detta ponderazione elabora una misurazione quantitativa dei valori in gioco.

Valga considerare che una clausola penale che determini forfettariamente il danno da risarcire in caso di inadempimento può essere ragionevole e sproporzionata al tempo stesso se a fronte degli interessi in gioco il suo importo risultasse manifestamente eccessivo, così come può ritenersi conforme a proporzione la disciplina che ammette la riduzione della garanzia prestata, quando siano eseguiti pagamenti parziali che estinguano

⁷Cfr. Cass. 18.9.2009 n. 20106, in *Contr.* 2010, 5.

⁸Cfr. Cass. 15.11.2007, n. 23726, in *Foroit.*, 2008, I, 1514.

⁹G. ALPA, *La solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 365 ss.; G. NICOLETTI, (voce) *Solidarismo e personalismo*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 170, 835 ss.; L. MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. It.*, 2011, 1718 e ss.

almeno il quinto del debito originario, e irragionevole ove non fosse dato di estendere tali accorgimenti alla fase genetica del rapporto, qualora *ab origine* vi sia sperequazione tra il valore di un'ipoteca o di un pegno¹⁰ e il debito che si intende assicurare.

Il rapporto tra i due principi può essere ulteriormente esemplificato analizzando il tipo di tutela accordata al contribuente nell'ipotesi degli accessi eseguiti nell'ambito delle indagini tributarie; tutela che deve mediare tra l'interesse fiscale all'adempimento del dovere contributivo, la protezione del domicilio e del segreto professionale, e, non ultimo, l'efficienza e imparzialità dell'amministrazione che non tollera iniziative arbitrarie di un singolo funzionario. In questo senso le procedure di accesso cambiano e si rimodulano in ragione dei luoghi sottoposti ad ispezione; così per le indagini svolte nella sede dell'impresa occorre l'autorizzazione del capo dell'Ufficio o del comandante di zona della Guardia di Finanza, per quelle effettuate nei luoghi di esercizio dell'attività artistica o professionale è necessaria la presenza del titolare dell'attività o un suo delegato, infine, per quelle espletate nei luoghi utilizzati promiscuamente per l'attività accertata e come privata dimora occorre l'autorizzazione del pubblico ministero. Inoltre, per l'accesso nell'abitazione e nei luoghi di privata dimora non si può prescindere dall'autorizzazione del pubblico ministero e dai gravi indizi di violazione.

In definitiva la proporzionalità individua la misura della protezione giuridica di un interesse in conflitto con altri di segno opposto cosicché il grado di protezione dell'uno o dell'altro dipenderà dalla qualificazione di quel bene in un determinato momento storico.

Paradigmatica in questo senso è l'esegesi dell'art. 24 del codice deontologico forense¹¹ in tema di prestazioni intellettuali svolte dall'avvocato a favore di parti aventi interessi confliggenti nell'ambito di un medesimo giudizio o di giudizi collegati nell'area del diritto di famiglia. La riconosciuta peculiarità di questo settore caratterizzato da valori collegati alla dignità della persona ha determinato una più intensa protezione dell'assistito anticipando la soglia della tutela a tutte quelle situazioni che, pur non determinando un effettivo conflitto di interessi, ingenerino il sospetto di una difesa non adeguata nei confronti del cliente.¹² In definitiva la ragionevolezza fornisce i presupposti per stabilire il recesso totale o parziale di un principio rispetto all'altro, nonché l'entità del

¹⁰Cfr. art. 2872 c.c. e ss. in tema di riduzione di ipoteca legale e giudiziale.

¹¹Codice deontologico forense così come modificato dalla delibera del Consiglio Nazionale Forense del 31 gennaio 2014 che lo adegua alle previsioni del nuovo ordinamento forense (legge n. 247/20129 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale 16 ottobre 2014, n. 241).

¹²Cfr. sul punto Cass. 10.1.2006, n. 134 e Cass. sez. un. 4.11.2011 n. 2282.

sacrificio delle rispettive posizioni ad esso correlate, stabilendo coordinate di valutazione che, mediante il giudizio di proporzione, si trasformano in misura concreta di protezione dei vari interessi in gioco.

2. La rilevanza dell'interesse meritevole nella qualificazione del danno

La centralità nel nostro sistema giuridico del danno conseguenza,¹³ è rappresentata dalla sua attitudine a porsi come elemento dirimente nel processo decisionale volto all'accoglimento di una domanda risarcitoria, posto che la riparazione del pregiudizio dedotto è indissolubilmente legata alla dimostrazione, da parte del danneggiato, delle conseguenze negative all'inadempimento ovvero al fatto colposo o doloso altrui.

La nozione di danno,¹⁴ intesa come differenza tra le condizioni in cui si trova il patrimonio dopo l'illecito e quelle in cui si sarebbe trovato senza il pregiudizio arrecato, va rimodulata in funzione alle peculiarità del caso concreto,¹⁵ coerentemente con una concezione precipuamente soggettiva delle conseguenze del fatto dannoso¹⁶ che si pone in antitesi all'idea di un illecito caratterizzato da immutabile attitudine lesiva, idoneo a produrre sempre identico pregiudizio nei confronti di ogni consociato, sull'assunto di una visione meramente oggettivistica del danno, incapace di cogliere la realtà fattuale in cui spesso le conseguenze dannose assumono diversa intensità a seconda della esercitata

¹³La distinzione tra danno evento e danno conseguenza è emersa per la prima volta nel dibattito tra G. GORLA, in *Studi per Cicu*, I, 1951, 433 e P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960.

¹⁴M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. FRANZONI, Milano, 2004; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 274; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979; Id. *Danno* (dir.vig.), in *Enc.dir.*, XI; G. ALPA, *Danno aquiliano*, in *Contr. impr.*, 1990, 791 s.; M.V. DE GIORGI, *Danno. I. Teoria generale*, in *Enc.giur.*, X; D. MESSINETTI, *Danno giuridico*, in *Enc. dir. Aggiorn. I*; S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in *Dig. Priv. sez. civ. XVII*; C. SALVI, *Danno*, in *Dig. Priv. sez. civ. V*; R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Nov. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969.

¹⁵F. M. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, 3 ss.; E. VON CAEMMERER, *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, in *Gesammelte Schriften*, I, Tübingen, 1968, pag. 416 ss; R. COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht. Mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung*, Leipzig, 1865, 93 ss; B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1925, 38 ss; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di G. Scialoja-G.A.Branca, II ed., Bologna-Roma, 1979, 247. In senso critico si v. R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 466; A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, 1962; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Milano, 1991, 465

¹⁶In giurisprudenza si v. Cass. 15.10.1999 n. 11629 in *F.I.*, 2000, I, 1917-1928 ove si precisa la natura ipotetica del giudizio in questione. Nel quantificare il danno si deve tener conto di tutti gli elementi peculiari della fattispecie, in modo da rendere la somma riconosciuta, la più idonea a risarcire il pregiudizio subito. Sul punto cfr. Cass. 6.12.1995 n. 12578, in *Mass. giur. It.*, 1995, Cass. civ., 16.12.1988, n. 6856.

incidenza sulla sfera giuridica dell'interessato.¹⁷

In particolare si può osservare che il valore di un bene inficiato dall'inadempimento o deteriorato per effetto della condotta di un terzo è prodromo di effetti negativi non predeterminabili *ex ante*, con il conseguente ripudio dell'opzione ermeneutica che, attribuendo ad un determinato evento esclusivamente un già preordinato effetto dannoso, fonda su una visione standardizzata di utilizzo del diritto¹⁸ del tutto avulsa dal contesto economico-sociale che presentando una molteplicità di atteggiamenti e sistemi di sfruttamento dello stesso bene, dovrà essere analizzato caso per caso in relazione al soggetto che ne è titolare.¹⁹ In definitiva, ciò che assume rilevanza nella determinazione del danno non è l'*aestimatio rei* ma l'*id quod interest*, vale a dire non il bene in sé ma il valore che esso rappresenta per un determinato soggetto,²⁰ quindi l'importanza economica che ha per quell'individuo in ragione delle sue condizioni patrimoniali complessive.²¹

La stretta relazione tra interesse del singolo e bene leso produce importanti conseguenze applicative che ben si condensano nei fenomeni della propagazione oggettiva e soggettiva dell'illecito; corollari volti a implementare la commisurazione del danno, da un lato tenendo conto dell'intero patrimonio del danneggiato con riferimento alle poste che si trovano in rapporto funzionale con il bene

¹⁷V. già in Cass., 17 febbraio 1979, n. 1066, in *Resp. civ. prev.* 1979, 483 secondo i giudici di legittimità “*il valore venale del bene non costituisce il limite massimo, incondizionatamente insuperabile, per il risarcimento di qualsiasi danno inferto al bene stesso. Nella valutazione del danno deve essere privilegiato un criterio soggettivo, il quale tenga conto del rapporto tra il bene stesso e la sua utilizzazione economica da parte del proprietario: la res danneggiata può essere apprezzata in modo da produrre un reddito non direttamente proporzionale al suo valore di scambio.*”

¹⁸Sul punto si v. H. A. FISCHER, *Der Schaden nach dem, BGB*, 1903. Secondo questa teoria per danno deve intendersi il peggioramento che, per effetto dell'inadempimento o dell'illecito, subisce il singolo bene atomisticamente considerato, in particolare la somma va parametrata alla lesione prodotta sulla *res*, senza tener conto del pregiudizio complessivamente sofferto nel suo patrimonio dal danneggiato, con la conseguenza che la somma data in compensazione del danno non può mai essere superiore al valore venale del diritto leso, qual era prima della verifica dell'illecito.

¹⁹Si pensi a titolo esemplificativo al valore attribuito ad un determinato francobollo da un certo collezionista, per il quale sia l'ultimo della collezione e successivamente al valore assegnato a quello stesso francobollo da chi lo acquista per la prima volta.

²⁰Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, cit., 475.; F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 12.

²¹In giurisprudenza emblematica è Cass. 8.3.1974, n. 619, in *Resp. civ. prev.*, 1975, 557. Nel caso di specie i giudici affermano che “*in tema di determinazione di quantum risarcibile, la liquidazione del danno non deve essere necessariamente contenuta entro i limiti del valore del bene danneggiato, ma deve avere per oggetto l'intero pregiudizio che dall'inadempimento è derivato al creditore, in quanto il risarcimento è diretto alla restituzione in integrum del patrimonio del creditore*”. Nello stesso senso Cass. 17 febbraio 1979 n. 1066 in *Resp. civ. prev.*, 1979, 473 in cui la suprema Corte ha precisato che “*il valore venale di un bene non costituisce il limite massimo incondizionatamente insuperabile, per il risarcimento di qualsiasi danno inferto al bene stesso. Nella valutazione del danno deve essere privilegiato un criterio soggettivo, il quale tenga conto del rapporto tra il bene stesso e la sua utilizzazione economica da parte del proprietario: la res danneggiata può essere apprezzata in modo da produrre un reddito non direttamente proporzionale al suo valore di scambio*”.

compromesso, dall'altro valorizzando le conseguenze negative che l'illecito produce nella sfera giuridica di soggetti diversi da quello leso, ma a questo legati da rapporti economici o personali.²²

Inoltre la concezione soggettiva di danno offre una soluzione soddisfacente al tema del lucro cessante, posto che l'alterazione frutto della lesione deve essere in tal senso analizzata tenendo conto oltre che dei beni acquisiti al patrimonio, anche di quelli che pur non rientranti nello stesso, siano qualificabili in senso giuridico come perdite di possibilità o di guadagno che più probabilmente che non sarebbero entrate a far parte del complesso patrimoniale del danneggiato.²³ Per contro, l'adesione ad una concezione oggettiva di danno imperniata sulla esclusiva riparazione del bene leso, non sarebbe in grado di valorizzare a pieno la concatenazione delle conseguenze dannose innescate dalla condotta illecita, tra le quali vi sono senz'altro le occasioni di guadagno perse a causa dell'inadempimento ovvero del fatto illecito.²⁴ Nondimeno la teoria differenziale impone la deduzione nella disamina del pregiudizio di tutti quei benefici collaterali di cui gode il danneggiato per effetto dell'illecito; somme che vanno decurtate dall'importo finale per evitare una ingiusta locupletazione a favore di chi subisce il detrimento.

Nella qualificazione del danno l'interesse assurge altresì a parametro cui ancorare l'ammissibilità del risarcimento non economico²⁵ in sede contrattuale; infatti se in campo aquiliano è l'art. 2059 c.c. a fungere da principio cardine per l'individuazione e la

²²E' l'ipotesi classica da perdita del congiunto che cagiona un danno nei confronti dei parenti sopravvissuti sia sul piano economico sia sul piano esistenziale.

²³Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, pag. 220 ss; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, pag. 103.

²⁴La concezione soggettiva del danno permette di includere nell'area della risarcibilità, in conformità con quanto disposto dall'art. 1223 c.c., oltre al valore della prestazione inadempita, anche le ulteriori conseguenze dannose che ne provengono come occasioni mancate o perdite di guadagno causalmente connesse al fatto illecito. Sul punto si v. *ex plurimis* F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1958, 346.

²⁵In tema di danno non patrimoniale vastissima è la letteratura. Si v. *ex pluribus*: G. B. FERRI, *Le temps retrouvé dell'art. 2059*, in *Giur.cost.* 2003, pag. 1990 ss; G. ALPA, *Il danno biologico*, Padova, 2003; F. D. BUSNELLI, *Danno biologico e danno alla salute*, in M. BARGAGNA-F. D. BUSNELLI (a cura di), *La valutazione del danno alla salute*, Milano, 1983; P. RESCIGNO, *Il danno non patrimoniale (le letture dell'art. 2059 c.c. tra interpretazione e riforma)* in *Dir. inform.*, 1985, 20 ss.; P. PERLINGIERI, *L'onnipotente art.2059 c.c. e la tipicità del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.* 2009, p. 523; P.CENDON-P.ZIVIZ, *Danno X, Danno esistenziale*, in *Enc.giur. X*; ID. *Vincitori e vinti (dopo la sentenza C.Cost. n. 233/2003)*, in *Giur.it.* 2003, pag. 1777 ss.; ID. *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano 2003 C. CASTRONOVO, *Danno Biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*. Milano, 1998; ID. *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006; E. NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*, in *Foro it.* 2003, pag. 2201 ss. G.PONZANELLI, *Critica del danno esistenziale*, Padova 2003; V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 29 ss.; ID, *danno alla persona e ingiustizia*, *Riv. dir. civ.*, 2007, 147 ss.

riparazione del danno non patrimoniale - tutte le volte che esso sia contemplato da una norma ordinaria, di rango costituzionale o vi sia reato - nell'area dei contratti è l'interesse meritevole che assurge ad elemento discretivo circa l'eventuale risarcibilità delle poste non economiche allorquando il vincolo pattizio sia diretto alla realizzazione di un interesse non caratterizzato dai crismi dell'economicità.

D'altro canto appaiono prive di effettiva consistenza e comunque tutt'altro che idonee ad escludere la risarcibilità, oltre che la dedotta mancata previsione di una disposizione analoga all'art. 2059 c.c. in ambito contrattuale,²⁶ anche la formulazione dell'art. 1223 c.c. in termini economici e la circostanza che l'elemento oggettivo del rapporto obbligatorio si sostanzia in una prestazione economicamente valutabile in campo contrattuale.²⁷ Infatti, l'art. 2059 c.c. si limita a tipizzare il risarcimento del danno non patrimoniale senza tuttavia circoscriverne l'ambito di operatività all'area extracontrattuale. Al contempo l'art. 1223 c.c., pur se caratterizzato da locuzioni quali "perdita subita" e "mancato guadagno" che rimandano a concetti economici, è norma che va sincronizzata con i valori costituzionali ed in particolare con il catalogo dei diritti inviolabili previsti dalla Costituzione,²⁸ con la conseguenza che almeno nel caso di danni non patrimoniali collegati alla lesione dei diritti fondamentali della persona, intendendo il patrimonio come insieme di situazioni soggettive non soltanto economiche facenti capo ad un determinato soggetto, deve essere ammesso il risarcimento di quelli non patrimoniali. Infine l'art. 1174

²⁶La giurisprudenza ha sempre limitato, fino al *renvirement* delle «sentenze gemelle» del 2003, la risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale nel solo caso del reato. Si cfr. Cass. 26.1.1989, n. 473, in *Mass. giur. lav.*, 1989, 210; Cass. 20.1.1985, n. 472, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce «Previdenza sociale», n. 498; Cass. 6.8.1964, n. 2252, in *Mass. Foro it.*, 1964; App. Perugia 8.6.1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 2; Trib. Lucca 18.1.1992, in *Foro it.*, I, 264; Trib. Bologna 17.4.1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 360; App. Catanzaro 30 gennaio 1953, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce «Responsabilità civile», n. 32.

²⁷Cfr. sul punto G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1996, I, 15. Secondo gli autori l'art. 1218 c.c. che pone a carico del debitore, che non esegue esattamente la prestazione dovuta, il generico obbligo di risarcire il danno, andrebbe inteso in senso ampio, comprensivo sia del danno patrimoniale che di quello non patrimoniale.

²⁸In giurisprudenza la Cassazione aveva affermato, già prima dell'intervento delle Sezioni unite del 2008, che la risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di un diritto fondamentale della persona non è soggetta al limite derivante dalla riserva di legge previsto dall'art. 2059 c.c. giacché, anche in mancanza di un fatto di reato, il pregiudizio di interessi di questa fatta va risarcito per il semplice fatto che i precetti costituzionali, immediatamente precettivi, soddisfano a pieno il requisito della tipicità ben enucleato nella norma che si occupa del risarcimento del danno non patrimoniale. Cfr. sul punto. Cass. 31.5. 2003 n. 8827 e 8828, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 675, con note di P. Cendon, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass.*, 8828/2003; in *Corr. giur.*, 2003, 1017, con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*; in *Foro it.*, 2003, I, 2272, con notadi E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*. Sul punto si v. anche Corte cost., 11.7.2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, 2201 con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*.

c.c. nel valorizzare l'interesse meritevole²⁹ quale elemento costitutivo dell'obbligazione, senza del quale l'obbligazione è nulla e la cui sopravvenuta irrealizzabilità produce lo scioglimento del contratto, prevede espressamente la possibilità che il negozio abbia ad oggetto ovvero il fine di tutelare interessi non economici del creditore,³⁰ consistenti nella causa concreta del contratto, ai quali sarebbe del tutto illogico non corrispondere una tutela in grado di dialogare con il pregiudizio arrecato.³¹

In sede contrattuale, in cui le parti sono al tempo stesso autori e destinatari della *lex specialis*, il danno non patrimoniale va risarcito con maggiore ampiezza rispetto al campo aquiliano poiché esso si estende, oltre ai casi previsti dalla legge, dal reato e dalle norme costituzionali immediatamente precettive anche a quelle ipotesi in cui l'inadempimento incide negativamente sul perseguimento di uno scopo che abbia natura non economica, per quanto non riconducibile al novero dei diritti fondamentali della persona.³²

In questi casi la tipizzazione degli interessi tutelabili avviene ad opera delle parti, piuttosto che del legislatore, nei limiti della loro meritevolezza, così determinando un ribaltamento della concezione restrittiva volta a riconoscere in sede contrattuale esclusivamente i pregiudizi economici, in favore di una più estesa tutela degli interessi meritevoli obiettivizzati nel contratto a prescindere dal loro carattere economico.³³

Ecco che l'utilità perseguita dall'individuo e la sua qualificazione in

²⁹G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 197 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 277 ss.; G. ALPA, *Danno alla vita di relazione e danno alla persona. In margine ad una inutile dicotomia*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1980, 680; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 127 ss.; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale*.

³⁰È questo, ad esempio, il caso in cui sia leso il diritto alla salute, nell'ambito del cd. contratto di protezione che lega il paziente al medico che lo ha in cura. Cfr. sul punto Cass. 29.11.2010, n. 24143, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1522.

³¹Cfr. Cass. sez. un. 11.11.2008, n. 26972 cit. in cui si fa particolare riferimento ai contratti di protezione come quelli conclusi nel settore sanitario o quelli che intercorrono tra l'allievo e l'istituto scolastico. Con riferimento ad altri ambiti invece la Corte individua direttamente nella legge l'inserimento di interessi non patrimoniali nel contratto, ciò avviene per esempio nell'ambito del rapporto di lavoro, settore in cui è rinvenibile ex art 2087 c.c. un generale obbligo di protezione in capo al datore di lavoro nei confronti del lavoratore, e nella disciplina del contratto di trasporto dalla quale si evince una particolare attenzione nei confronti di dell'integrità fisica del trasportato.

³²Sulla scorta del *decisum* delle Sezioni Unite il legislatore è intervenuto sul tema in oggetto fornendo un ulteriore appiglio normativo alla linea di pensiero della Corte ammettendo, per mezzo del codice del turismo (d. lgs. 79/2011) la compatibilità tra responsabilità *ex contractu* e danno non patrimoniale e prevedendo in particolare il c.d. risarcimento del danno da vacanza rovinata nell'art. 47 dello stesso codice. La norma prevede infatti che il turista, nel caso in cui l'inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni oggetto del pacchetto turistico non sia di scarsa importanza (nei termini regolati dall'articolo 1455 del Codice civile) possa chiedere, oltre e indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno subito correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso e all'irripetibilità dell'occasione perduta.

³³Cfr. Cass. sez. un. 11.11.2008, n. 26972 cit.

termini meritori da parte dell'ordinamento assume ruolo di assoluta importanza sia nella fase fisiologica del contratto, preordinata alla realizzazione dello scopo sotteso al vincolo, che in quella patologica volta a selezionare i danni effettivamente risarcibili.

In questo contesto il giudice, libero da condizionamenti formalistici, svolge un'opera di mediazione e selezione tra i molteplici interessi di cui le parti sono titolari,³⁴ focalizzando il proprio giudizio sul rapporto di tensione che si instaura tra un determinato individuo ed uno specifico bene in modo da assicurare idonea salvaguardia al titolare del diritto solo se questi abbia un interesse significativo³⁵ alla prestazione o al risarcimento del danno, senza che sia all'uopo necessaria la coincidenza tra la sua pretesa dedotta e la volontà della legge più in generale.³⁶

In ragione di ciò dovranno essere rigettate, anche con un controllo *ex post*, istanze prive di sostanziale utilità per chi le fa valere³⁷ e tutelate situazioni scevre di adeguata copertura legislativa ma contraddistinte da interessi reali e significativi come accade in materia di danno non patrimoniale all'ambiente, ove una tutela del tutto sbilanciata verso lo Stato non può essere da ostacolo all'integrale risarcimento dell'individuo.³⁸ In tutte queste ipotesi l'interesse è la ragione che spinge il soggetto ad agire ed al contempo il fondamento della situazione giuridica soggettiva che l'ordinamento intende tutelare.³⁹

³⁴E' compito del diritto come norma di convivenza stabilire un nesso di coordinazione e di subordinazione tra gli interessi in conflitto. La valutazione normativa che importa la prevalenza di un tipo di bene sull'altro è una valutazione comparativa circa il merito della tutela giuridica secondo le vedute politiche legislative dell'ordinamento in cui si compie.

³⁵Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 11 ss.; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1953, p. 264.

³⁶*Ex plurimis* si v. Cass. Sez. Un. 18.12. 2007 n. 26617 in *Guida dir.* 2008, n. 3 p.30; Cass. Sez. Un. 15.11.2007 n. 23726 in *D. Resp.*, 2008, 996 con annotazione di F. FESTI, *Buona fede e frazionamento del credito in più sedi giudiziarie*.

³⁷Interessante a tal proposito la nota pronuncia della Cass., 18.09.2009, n. 20106, in *Contratti*, 2009, p. 1009 secondo cui "Il principio della buona fede oggettiva, ossia della reciproca lealtà della condotta delle parti, non solo vincola i contraenti nella fase dell'esecuzione del contratto ed in quella della sua formazione, ma deve intendersi riferito anche agli interessi sottostanti alla stipula del regolamento negoziale, a tale conclusione pervenendosi sull'assunto che la clausola generale di correttezza e buona fede costituisce un autonomo potere giuridico espressione del generale dovere di solidarietà sociale e come tale è idonea ad imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire preservando le ragioni dell'altra."

³⁸Si pensi al comma settimo dell'art. 313 che sembra limitare il danno risarcibile al danno biologico da danno alla salute o al danno patrimoniale da lesione della proprietà, quando dispone che "resta in ogni caso fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo del danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi", non considerando ad esempio il danno esistenziale per perdita della possibilità di svolgere le attività dinamicorelazioni, o il danno morale come sofferenza transeunte, patiti in conseguenza di un danno all'ambiente produttivo di conseguenze lesive di tipo non patrimoniale sulla sfera giuridica del soggetto che assume violato il proprio diritto all'ambiente.

³⁹A tal proposito, P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 347.

Si determina in tal modo una più agevole intelligibilità dell'area di operatività dell'art 1322, comma secondo, c.c. che nel menzionare espressamente il concetto di interesse lo qualifica come meritevole, enucleando un principio di portata più generale valevole per ogni settore del diritto privato spostando l'indagine dal piano della liceità⁴⁰ della pattuizione a quello individuale⁴¹ insito nella logica del singolo contratto e più in generale di ogni obbligazione, determinando una nuova stagione del diritto civile improntato a criteri di sostanzialità ed utilità individuale.

3. I temperamenti alla concezione soggettiva di danno

La dimensione dell'interesse nel danno è peraltro avallata dalla

⁴⁰Va segnalata la posizione di chi fa coincidere il giudizio di meritevolezza con il giudizio di liceità della causa. Sul punto si v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1993 p. 320; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 335; ID., *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza in Le anamorfosi del diritto civile attuale: Saggi*, Padova, 1994, p. 524; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961. p. 29 ss.; G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955, I, p. 214; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, 336, 369; In giurisprudenza si v. *ex multis*. Cass. 6.2.2004 n. 2288 in *Giur. it.*, 2005, 35 con nota di Nardelli "possono dirsi diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela (...) tutti i contratti atipici non contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume". Altri autori ritengono che il giudizio di meritevolezza debba essere compiuto in relazione ai valori espressi dalla Costituzione: pregevoli sul punto le considerazioni di C.M BIANCA, *Diritto civile, il contratto*, III, Milano, 2000, p. 432 in cui l'a. richiama esplicitamente utilità sociale, sicurezza, libertà, dignità umana salvaguardate dalla Costituzione; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974, p. 98 ss.; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile, I, Fatti e atti giuridici*, V, I, Torino, 1989, p. 516; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo continuato da L. Mengoni, I, Milano, 1980, p. 244 s.; F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 92 ss.; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale in Europa e dir. priv.*, 2011, 2, p. 365; U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 494 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano, 1971, p. 67 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e impr.*, 1987, p. 423.

⁴¹F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 72 ss.; ID., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, p. 771. l'a. evidenzia come la vera indagine sul controllo di meritevolezza si concretizzi nella verifica dell'intento dei privati e nella serietà dell'impegno preso dagli stessi, prescindendo da ogni riferimento normativo. Ciò, infatti, determinerebbe una *interpretatio abrogans* dell'art. 1322, secondo comma, c.c. che sarebbe relegato a mero doppione dell'art. 1343 c.c. che, dal canto suo, predispone già un controllo di liceità della pattuizione. In senso analogo si v. A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto "atipico"*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, p. 221 ss.; R. SACCO, *Motivi, fini, interessi*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da Rescigno, Torino, 1982, X, 2, pag. 337: in particolare l'art. 1322, secondo comma, impedirebbe la tutela di quell'interesse immeritevole di tutela per la sua connaturale insignificanza. ID., *L'abuso della libertà contrattuale*, in AA.VV., *L'abuso del diritto in Diritto privato*, 1997, Padova, 1998; G. SICCHIERO, *I contratti con causa mista*, Padova, 1995, p. 213 ss.; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1991, p. 226; Cfr. F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, in *Quaderni della Rass. dir. civ.*, a cura dello stesso, Napoli, 2004, p. 121 ss., delinea una nozione di contratto immeritevole meno effimera e insignificante di quella tesa a farla coincidere con la liceità della pattuizione, individuandone il fondamento nei dei doveri di diligenza e buona fede, che debbono permeare l'esecuzione del contratto in modo da non danneggiare terzi estranei al vincolo pattizio.

predisposizione dei principi europei in tema di responsabilità civile elaborati dal Centro Europeo di diritto della responsabilità civile e delle assicurazioni (ECTIL) e dal *Draft Common Frame of Reference* che fondano proprio sul concetto di interesse protetto o degno di protezione giuridica.⁴²

In particolare i *PETL* dispongono che l'ambito di protezione di un interesse dipende dalla sua natura; per cui maggiore è la sua rilevanza e la sua evidenza, più soddisfacente ne è la tutela. Differente è il modello adottato dal *DCFR* che, pur non promuovendo una graduazione di intensità nella tutela degli interessi,⁴³ ne ammette la salvaguardia all'esito di un giudizio che li qualifichi come seri e significativi, in grado cioè di superare la soglia dell' "*annoyance, anger, disgust, and repulsion which lie within the spectrum of normal, everyday feelings*",⁴⁴ limiti che separano i danni risarcibili dai pregiudizi tollerabili non connotati da un interesse significativo al loro risarcimento.

Si ha consapevolezza della possibilità che il danno inteso in senso soggettivo possa essere esposto al rischio di un eccesso risarcitorio per il danneggiante a fronte del pregiudizio da questi effettivamente arrecato, per il fatto che lo stesso sarebbe tenuto al ristoro della intera differenza accertata all'esito del giudizio, con conseguente ingiustificato arricchimento a favore della parte lesa che si vedrebbe riconosciuto il saldo negativo tra il patrimonio dopo l'illecito ed il valore dello stesso in difetto di pregiudizio.⁴⁵ Tuttavia i dubbi si dissolvono ove si tenga conto che il saldo va raffinato mediante l'utilizzo di filtri ben preordinati dal legislatore, volti a distinguere il danno storico da quello effettivamente risarcibile,⁴⁶ mediante un'operazione il cui esito darà luogo alla scissione tra le conseguenze evidentemente non collegabili all'inadempimento e quelle che, in base ad un giudizio di tipo causale, possano essere effettivamente ricondotte al

⁴²Cfr. in particolare i *Principles of European Tort Law* art. 2:101. rubricato "*Recoverable damage*" in cui si specificava che "*Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest*".

⁴³Il *Draft common Frame of reference* si limita a proporre un elenco non tassativo di danni, in perfetta sintonia con l'esigenza di individuare una rete di norme che siano compatibili con i vari diritti nazionali, senza effettuare nessun tipo scelta o di graduazione del tipo di interesse leso, ammettendo come unico limite al risarcimento del danno non patrimoniale la serietà dell'interesse sotteso al diritto pregiudicato dall'inadempimento o dalla condotta illecita.

⁴⁴Il *Draft common Frame of reference* espressamente prevede all'art. VI.- 6.102 una clausola bagatellare che impedisce il risarcimento di quei pregiudizi che, non superando la soglia della tollerabilità, vanno senz'altro tollerati.

⁴⁵R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, cit., 475 ss.

⁴⁶G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 409; V. CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile*, a cura di G. Alpa- M. Bessone, Torino, 1987, 158.; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, sub art. 2043, 85; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 557; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 198; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999.

comportamento colposo o doloso del danneggiante e perciò compensate.⁴⁷

Inoltre, dall'entità del danno così determinata andranno decurtati gli effetti vantaggiosi di cui il creditore abbia beneficiato in conseguenza della condotta lesiva. Il delineato fenomeno di *compensatio lucri cum damno*⁴⁸ è espressione della finalità riparatoria del sistema civilistico che si preoccupa di circoscrivere la somma da risarcire ai danni effettivamente inferti, eliminando non soltanto gli svantaggi ma sinanche i vantaggi che derivino dalla stessa condotta illecita. Il funzionamento dell'istituto soggiace, secondo un principio di omogeneità dei reciproci benefici, all'ineludibile circostanza che il vantaggio inerisca lo stesso bene o interesse leso e soprattutto che ci sia unicità causale tra l'evento di danno e il beneficio ottenuto. Per altri versi non è applicabile ogniqualvolta l'illecito raffiguri la semplice occasione per l'attivazione di un diverso e autonomo processo causale e ciò per impedire che, in un'ottica di costi e benefici, l'inadempimento diventi una scelta del danneggiante, consapevole della possibilità di poter confidare nella riduzione del danno e quindi indotto all'illecito.⁴⁹

In tema di causalità, e più in generale in una prospettiva di convergenza tra lesione prodotta e risarcimento dovuto, l'art. 1223 c.c. attribuisce rilevanza alle sole

⁴⁷Cfr sul punto S.PATTI, *Danno patrimoniale*, in *Dig.Priv. sez. civ.* V, pag. 95: "il problema centrale della materia, universalmente sentito, è anzi quello di fissare il limite entro cui le conseguenze dannose possono avere rilevanza ai fini del risarcimento".

⁴⁸Sul tema della *compensatio lucri cum damno* si v. a titolo esemplificativo ma non esaustivo: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, Milano, 1997, p. 152; S. PULEO, voce *Compensatio lucri cum damno*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960; M. FERRARI, *La Compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, Milano, 2008; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Libro IV, Delle obbligazioni, sub. art. 1223, Bologna-Roma, 1979, 310; P.G. MONATERI, *Gli usi e la ratio della dottrina della compensatio lucri cum damno. È possibile trovarne un senso?* in *Quadrimestre*, 1990, p. 377 ss.

⁴⁹La giurisprudenza ritiene che tale istituto trovi applicazione solamente nel caso in cui il danno e il vantaggio siano conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto, il quale abbia l'idoneità a produrre entrambi gli effetti senza essere relegato a mera occasione dalla quale possa scaturire un diverso processo causale. Sul punto si v. Cass. 10.10.1988 n. 5464 in *Arch circolaz.*, 1989 p. 15; Cass. 16.6.1987 n. 5287, in *Giur. it.* 1989, I, 1, c. 380 In quest'ultimo caso in particolare è stato escluso che possa operare la *compensatio* in relazione ad un danno subito ad un fondo coltivato ad agrumeto per effetto delle immissioni di polvere provenienti da un cementificio, se da ciò consegua il vantaggio consistente nella situazione oggettiva di edificabilità della zona e quindi l'incremento del valore del fondo, in relazione a quell'insediamento industriale. Cfr. anche Cass. 10.2.1999 n. 1135 in *Mass. Foro. it.*, 1999. In base all'assunto secondo cui il principio di *compensatio lucri cum damno* non opera se non nel caso in cui vantaggio e danno siano entrambi conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, l'istituto non opera quando l'assicurato contro gli infortuni riceva dall'assicuratore il relativo indennizzo per la lesione patita a causa del fatto illecito del terzo, poiché in questo caso la prestazione rinviene la sua fonte e la sua ragion d'essere nel contratto di assicurazione, vale a dire in un titolo diverso e indipendente dall'illecito stesso, il quale costituisce mera condizione per la produzione degli effetti del contratto assicurativo, senza che l'effettivo incremento patrimoniale conseguito dal soggetto leso possa incidere sul *quantum* del risarcimento dovuto dal danneggiante

conseguenze dirette ed immediate⁵⁰ dell'illecito o dell'inadempimento e non anche a quelle che si presentino come eccentriche, illogiche o del tutto estranee all'evento di danno in base ad un giudizio di prognosi postuma volto ad individuare, al momento della condotta inadempitiva, tra gli effetti anche mediati purché normali dell'illecito, quelli che concretamente sono riferibili all'evento lesivo, acclarando la concezione di danno risarcibile parametrato sulle esigenze precipuamente riparatorie che ispirano il nostro sistema civilistico e che vanno tenute ben distinte da quelle afflittivo-sanzionatorie tipiche del sistema penalistico, in cui ciò che rileva non è la vittima e il danno da essa subito, ma il carnefice e l'illecito dallo stesso compiuto.

Analogamente l'art. 1227, secondo comma, c.c. frapponne un ulteriore e più importante limite tra danno storico e danno giuridico assegnando rilevanza piuttosto che all'intero importo individuato all'esito del giudizio differenziale, a quella porzione di lesione che rappresenta conseguenza inevitabile della condotta dannosa, escludendo dal novero dei danni risarcibili gli elementi pregiudizievoli che il creditore avrebbe potuto evitare mediante un comportamento diligente volto a contenere il danno;⁵¹ contegno che non necessariamente coincide con un atteggiamento omissivo teso a non dilatare gli effetti dannosi, ma che al contrario - in un'ottica di buona fede integrativa - può anche palesarsi in una condotta attiva volta ad eliminare o ridurre il pregiudizio sul piano quantitativo.⁵²

⁵⁰Sull'interpretazione dell'art. 1223 la letteratura è ampia ma la dottrina e la giurisprudenza prevalenti sono orientate nel senso che la norma abbia inteso codificare il principio della causalità adeguata secondo cui sono danni risarcibili quelli che rappresentano secondo l'*id quod plerumque accidit* conseguenze normali e ordinarie dell'inadempimento o del fatto illecito, mentre non lo sono quelli connotati da una struttura eccentrica, straordinaria, abnorme ed eccezionale. Per un approfondimento si v. in dottrina C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Libro IV, Delle obbligazioni, artt. 1218-1229, Bologna-Roma, 1979, 254 s.; SALVI, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. del Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1250; ID., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 1998, 171; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 203 ss.; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1993, sub art. 2043, 85; G. VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1984, 203 ss. ID., *Il criterio legislativo delle conseguenze dirette ed immediate*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, 10.

⁵¹G. CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno subito (The duty of mitigation: a comparative approach)*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 553 ss.; G. CIAN- A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1984, pp. 823 ss.; A. DE CUPIS, *Fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja- Branca*, IV, Bologna-Roma 1971; G. VALCAVI, *Evitabilità del maggior danno ex art. 1227, 2° comma c.c. e rimpiazzo della prestazione non adempiuta* in *Foro it.* 1984, p. 2820; ID., *Sulla prevedibilità del danno da inadempimento colposa contrattuale*, in *Foro it.*, 1990, I, pp. 1946 ss.; S. DI PAOLA, *Il dovere di non aggravare il danno, spunti per la rilettura*, in *Foro it.*, 1984, I, 2825; V. MARICONDA, *L'art. 1227, 2° comma c.c. ed il rapporto di causalità*, in *corr. giur.*, 1990, p. 720; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova, 1990, p. 85 ss.

⁵²In giurisprudenza si v *ex plurimis* Cass. 23.4.2007 n. 9864 in *Guida al diritto*, 2007, 22; Cass. 3.3.1983 n. 1598; Cass. 9.2.1981 n. 795; Cass. 13.10.1997 n. 9939, in *Giur. it.*, 1998, 2274; Ad. plenaria 24.3.2011 n. 3.

La norma ha una rilevanza fondamentale nella mitigazione del danno, secondo alcuni⁵³ riaffermando quanto già previsto in tema di causalità normale dall'art. 1223 c.c., secondo altri⁵⁴ sancendo una vera e propria regola di condotta in capo al creditore giacché, diversamente opinando, essa rappresenterebbe superfetazione di una regola già evincibile da una diversa disposizione.

Coerentemente con un'interpretazione che assegni valenza precettiva alla norma, appare più soddisfacente l'opzione ermeneutica che ricava dalla lettura della disposizione una vera e propria regola di condotta sostanziatesi nel *duty of mitigation*,⁵⁵ vale a dire nell'obbligo per il danneggiato di alleviare, ridurre fino ad escludere, laddove ciò sia possibile, l'entità del danno risarcibile in omaggio al parametro della buona fede e della solidarietà che rappresentano precetti generali, valevoli anche nei confronti dei soggetti che abbiano patito un illecito.

Il pregio di questa differenziazione consiste nell'aver individuato nell'ambito della responsabilità civile una duplicità di rapporti distinti ed autonomi: il nesso di causalità materiale ricollega un determinato fatto dannoso ad un soggetto responsabile secondo uno dei criteri di collegamento normativamente predisposti, il nesso di causalità giuridica ha l'esclusiva funzione di limitare e contenere l'estensione della responsabilità, considerando rilevanti per il diritto e quindi risarcibili quelle ripercussioni patrimoniali che il creditore non avrebbe potuto evitare nemmeno mediante l'utilizzo dell'ordinaria diligenza.

In definitiva l'irrisarcibilità del danno evitabile non presuppone che lo stesso esuli dalle conseguenze normali ponendosi come fattore idoneo ad interrompere il nesso causale, ma fonda su un'ottica di tutela dell'interesse meritevole che esclude dal ristoro colui che abbia violato il dovere di diligenza, facendo degradare il suo interesse da

⁵³Argomentano nel senso dell'unicità del nesso causale V. POLACCO, *Le obbligazioni*, Roma, 1915, 588; G.P. CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, Torino 1966, II, 314.

⁵⁴Per un approfondimento sulla tematica si rimanda a P. RESCIGNO, *Libertà del "trattamento" sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi Asquini*, vol. IV, Padova, 1964, 1646; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 163; A. GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, Milano, 1944, 59.; V. MARICONDA, *L'art. 1227, 2° comma c.c. ed il rapporto di causalità*, cit., 720; C. M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 1994, 143; G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, 1990, p. 63 ss.; G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale es extracontrattuale*, 1983, p. 54; E. BONVINCINI, *Il dovere di diminuire e non aggravare il danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 1967, p. 230 ss.

⁵⁵G. CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno subito (The duty of mitigation: a comparative approach)*, cit., p. 553 ss.; G. VALCAVI, *Evitabilità del maggior danno ex art. 1227, 2° comma c.c. e rimpiazzo della prestazione non adempiuta*, cit., *passim*; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova, 1990.

serio a futile.⁵⁶

Il contenuto dell'obbligo del creditore ha subito nel tempo una rideterminazione per certi versi analoga a quella conosciuta dalla clausola di buona fede in sede contrattuale che da parametro di valutazione delle condotte, ha assunto ruolo di vera e propria fonte di obblighi, rappresentando l'unica clausola a carattere generale i cui contenuti non sono predeterminabili *ex ante*, ma di volta in volta individuabili in base al caso concreto. Nello stesso senso l'obbligo di diligenza, che connota la condotta del danneggiato nell'ambito dell'obbligazione risarcitoria, non va inteso in senso solamente negativo come un *non facere* idoneo a non aggravare il pregiudizio, ma altresì come obbligo positivo volto a salvaguardare l'interesse del debitore quando ciò non produca un sacrificio serio ed apprezzabile per il danneggiato, limite oltre il quale non è più esigibile nemmeno *ex bona fide* una comportamento del creditore teso a ridurre il danno.⁵⁷

Così ad esempio rientrano nel novero delle condotte improntate a diligenza l'onere per il danneggiato che subisce un fermo tecnico dell'autovettura di rimpiazzare nel proprio patrimonio il bene colpito dal fatto illecito altrui in modo da poter espletare la sua professione lavorativa;⁵⁸ il dovere per il creditore di avvisare il debitore quando tale comportamento sia idoneo a limitare il danno; il tentativo di ricollocarsi sul mercato del lavoro da parte del soggetto licenziato in modo illegittimo.⁵⁹

Questi comportamenti esemplificativamente rammentati⁶⁰ sono estrinsecazione del più generale principio secondo cui il soggetto leso nella propria sfera

⁵⁶In giurisprudenza si v. Cass. 8.7.2010 n. 16419, in particolare la Corte chiarisce che l'ipotesi del fatto colposo del creditore che abbia concorso al verificarsi dell'evento dannoso va tenuta distinta da quella riferibile al contegno dello stesso danneggiato che abbia prodotto il solo aggravamento del danno senza contribuire alla sua causazione giacché “ *mentre nel primo caso il giudice deve proporsi d'ufficio l'indagine in ordine al concorso di colpa del danneggiato, sempre che risultino prospettati gli elementi di fatto dai quali sia ricavabile la colpa concorrente, sul piano causale dello stesso – la seconda di tali situazioni costituisce oggetto di una eccezione in senso stretto, in quanto il dedotto comportamento del creditore costituisce un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge quale espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede*”.

⁵⁷La diligenza richiesta dal capoverso dell'art. 1227 c.c. non può estrinsecarsi in un'attività che pregiudichi in modo abnorme la sfera giuridica personale del creditore, comportando rischi e sacrifici inaccettabili secondo l'ordinaria diligenza. Sul punto si v. Cass. 20.11.1991 n. 12439, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, 635; Cass. 9.4.1996 n. 3520, in *R.F.I.*, 1996, *Danni civili*, 101; Cass. 14.5.98 n. 4854, in *F.I.*, 1998, 2850.

⁵⁸Cfr. Cass. 30.3.2005 n. 6735 in *Rep. Foro. it.* 2005, *Danni civili*, n. 191.

⁵⁹Cfr. Cass. 3.2.1998, n. 1099, in *G.I.*, 1999, 521.

⁶⁰Controversa in giurisprudenza è l'ammissibilità tra gli obblighi positivi esigibili dal creditore, delle condotte concretantesi nell'esperimento di iniziative giudiziali tese in qualche misura a mitigare il danno. In questo senso si v. Cons. Stato. Ad. plen. 3/2011 e l'art. 30 del codice amministrativo (d. lgs 104/2010) che impone al giudice, nel determinare il risarcimento di valutare tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, di escludere il risarcimento di quei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. Ritiene eccessivamente gravoso e quindi inesigibile l'introduzione di un'azione processuale volta a mitigare il danno Cass. 27.6.2007 n. 14583, in *Assicurazioni*, 2008, II, 2, 62

giuridica non può rimanere inerte aspettando che il danno si ispessisca, ma è tenuto al contrario a tutte quelle condotte collaborative nei confronti del debitore che non rappresentino per lui un sacrificio eccessivo superando la soglia della serietà.⁶¹

4. l'interesse nella nuova concezione del danno tanatologico

Se tali coordinate palesano la chiara esigenza di limitare l'area delle conseguenze dannose per evitare indebite esposizioni risarcitorie in capo al danneggiante, altrettanto evidente è l'esigenza di salvaguardare, in sinergia con la funzione tipicamente risarcitoria del sistema civilistico, la piena e integrale riparazione della sfera giuridica del danneggiato in base ad un immanente principio di integralità del risarcimento del danno volto ad eliminare tutte le conseguenze negative prodotte dall'illecito nella sfera giuridica altrui mediante il ripristino dello *status quo ante* o attraverso una compensazione monetaria. Detto principio tuttavia non trova solidi ancoraggi normativi nella Carta fondamentale,⁶² ragione per la quale si è affermata la possibilità per il legislatore mediante legge ordinaria di individuare massimali⁶³ tesi a contenere l'entità del risarcimento quando ci siano altri interessi in gioco da bilanciare, con la precisazione che tali scelte restano in ogni caso sindacabili sul piano della ragionevolezza e della proporzionalità.⁶⁴

L'asserita violazione di questi parametri è stata posta a fondamento delle numerose ordinanze di rimessione⁶⁵ con cui si è inteso sottoporre al vaglio di legittimità

⁶¹In giurisprudenza si è ritenuto che superi la soglia della serietà il dovere per il danneggiato di sottoporsi ad intervento chirurgo, tra l'altro di esito incerto, per ridurre i postumi permanenti derivati da errate prestazioni odontoiatriche. Cfr. Cass. 5.7.2007, n. 15231. In senso analogo Cass. 10.5.2001, n. 6502.

⁶²G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, p.67; ID., *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p.553

⁶³La stessa Corte costituzionale ha escluso che l'integralità della riparazione ed equivalenza al pregiudizio cagionato al danneggiato abbia copertura costituzionale (da ultimo v. Corte Cost., ord. 28 aprile 2011, n. 157, in *Foro. it.*, 2011, I, c. 1969 ss.), ponendo in rilievo che in casi eccezionali il legislatore ben può ritenere equa e conveniente fissare parametri e massimali del risarcimento del danno, sia nel campo della responsabilità contrattuale (v., ad es., art. 1784, 1786 c.c. e 275, 412, 423 c. nav.), che in materia di responsabilità extracontrattuale, in considerazione delle particolari condizioni dell'autore del danno. Sul punto si v. in particolare Corte cost. 6 maggio 1985, n. 132, in *Foro it.*, 1985, I, 1585.

⁶⁴Va al riguardo rimarcato come la Corte costituzionale abbia recentemente affermato l'illegittimità dell'apposizione di una limitazione massima non superabile alla quantificazione del ristoro per danni alla persona. Ci si riferisce a Corte cost. 30 marzo 2012, n. 75, in *Resp. civ.*, 2012, 1518 ss. che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma primo, d.lgs. n. 111 del 1995 nella parte in cui ha fissato un massimale al risarcimento per danni alla persona. Pur se con riferimento alla responsabilità da inadempimento di contratto di viaggio vacanza " tutto compreso" e fondata sulla ravvisata violazione dei criteri posti dalla legge delega, tale pronuncia sembra fare applicazione del principio in questione.

⁶⁵Ci si riferisce a giudice di pace di Torino, ordinanza del 24.10.2011, in *Danno e resp.*, 2012, 439 ss.; ID, in *Resp. civ.*, 2012, 70 ss.; Tribunale di Brindisi – sezione distaccata di Ostuni, ordinanza del 15/5/2012; Tribunale di Tivoli, ordinanza del 21/3/2012; giudice di pace di Recanati, ordinanza del 24/5/2013.

costituzionale l'art. 139 del cod. delle assicurazioni⁶⁶ nella parte in cui la norma prevede un risarcimento del danno biologico basato su rigidi parametri fissati da tabelle ministeriali; in particolare la previsione di limiti nella riparazione del danno, collegati a livelli pecuniari riconosciuti normativamente equi ma che, per la loro inflessibilità nell'aumento percentuale dell'importo nella misura massima del quinto, non permettono una adeguata personalizzazione del danno, determinerebbe un sistema caratterizzato da ingiustificata e irragionevole prevalenza della tutela dell'attività assicurativa sul diritto inviolabile alla salute e con essa un *vulnus* alla tutela del danneggiato.⁶⁷

Con una pronuncia⁶⁸ laconica sul piano delle argomentazioni e per certi versi inidonea a risolvere il problema prospettato, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità sottoposta al suo vaglio, confermando la validità del meccanismo tabellare di risarcimento del danno biologico introdotto dall'art. 139 del codice delle assicurazioni. A parere del collegio, il profilo della lesione del diritto all'integralità del risarcimento del danno alla persona va condotto non già assumendo quel diritto come valore assoluto e intangibile, bensì verificando la ragionevolezza del suo bilanciamento con altri valori in gioco, vale a dire raffrontando il diritto alla salute del danneggiato con quello della certa e prevedibile determinazione del danno risarcibile dalle assicurazioni che, concorrendo *ex lege* al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici, scopi di cui senz'altro va tenuto conto nella commisurazione della tutela.⁶⁹

⁶⁶Si v. in particolare l'art. 139 del D. lgs. 209/2005 nella parte in cui prevede che l'ammontare del danno biologico liquidato ai sensi del comma 1 può essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.

⁶⁷Ciò in base anche all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE), e agli artt. 2 e 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che prevedono una tutela effettiva dei diritti fondamentali della persona e, in particolare del diritto all'integrità della persona di cui all'art. 3, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e all'art. 2 della CEDU.

⁶⁸Si fa riferimento a Corte Cost. 16.10.2014 n. 235. In particolare si v. il punto 10.2.1 in cui i giudici specificano come “*questa Corte (nella occasione, in particolare, della denunciata previsione di limiti alla responsabilità del vettore aereo in tema di trasporto di persone) ha già chiarito come non si configuri ipotesi di illegittimità costituzionale per lesione del diritto inviolabile alla integrità della persona ove la disciplina in contestazione sia volta a comporre le esigenze del danneggiato con altro valore di rilievo costituzionale, come, in quel caso, il valore dell'iniziativa economica privata connesso all'attività del vettore (sentenza n. 132 del 1985).*”

A sua volta, la Corte di cassazione, con la già ricordata sentenza n. 26972 del 2008, ha puntualizzato come il bilanciamento tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà (di cui, rispettivamente, al primo e secondo comma dell'art. 2 Cost.) comporti che non sia risarcibile il danno per lesione di quei diritti che non superi il «livello di tollerabilità» che «ogni persona inserita nel complesso contesto sociale [...] deve accettare in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone»”.

⁶⁹Si riportano alcuni passaggi paradigmatici di Corte Cos. 235/2014 in cui i giudici ritengono che “*In un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente*

I giudici inoltre affermano che la disciplina in esame, contemperando l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato e quello generale e sociale degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi, supera certamente il vaglio di ragionevolezza che si assume violato giacché l'introdotta meccanismo di quantificazione del danno ammette una personalizzazione dell'importo risarcitorio per mezzo della clausola che assegna al giudice la facoltà di incrementare l'importo fino ad un quinto in considerazione delle condizioni soggettive del danneggiato.⁷⁰

La sentenza,⁷¹ che molto sinteticamente si limita ad affermare la legittimità della norma *de quo* esaltando l'attitudine della stessa a contemperare esigenze contrapposte, non è condivisibile sia sul piano dell'enucleazione degli interessi presi a riferimento che su quello del prodotto partorito, frutto dell'errata ponderazione di uno degli interessi comparati: quello dell'assicurazione ad avere una certa e prevedibile conoscenza della sua esposizione risarcitoria. Infatti, se già è arduo immaginare un *trait d'union* che possa coniugare il generale interesse solidaristico previsto dall'art. 2 della Carta fondamentale, espressamente richiamato nel giudizio di bilanciamento a favore delle assicurazioni, e lo scopo di lucro che caratterizza l'attività concretamente svolta da queste, ancor più difficile è cogliere il collegamento prospettato dalla Corte tra il prezzo sborsato dall'assicurazione a titolo di risarcimento e l'entità dei premi dovuta dai consociati, legame - a parere dei giudici - teso a salvaguardare tanto il diritto alla salute del danneggiato, quanto l'interesse dei consociati a non corrispondere cifre ingenti agli enti assicurativi.

Questo sforzo interpretativo scevro da qualsiasi appiglio normativo non rappresenta altro che il tentativo di corroborare l'interesse economico dell'assicurazione con parametri solidaristici e generali, gli unici in grado di giustificare una limitazione del risarcimento del danno alla salute. L'idea, che la soddisfazione integrale del singolo debba essere sacrificata sull'altare di una più ampia e sicura seppur non integrale tutela

assicurata - in cui le compagnie assicuratrici, concorrendo ex lege al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici, e nel quale l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi - la disciplina in esame, che si propone in contemperamento di tali contrapposti interessi, supera certamente il vaglio di ragionevolezza."

⁷⁰Sempre nella sentenza della Corte Costituzionale si legge che "l'introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno - attinente al solo specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità e coerentemente riferito alle conseguente pregiudizievoli registrate dalla scienza medica in relazione ai primi (nove) gradi della tabella - lascia, comunque, spazio al giudice per personalizzare l'importo risarcitorio, risultante dalla applicazione delle suddette predisposte tabelle, eventualmente maggiorandolo fino ad un quinto, in considerazione delle condizioni soggettive del danneggiato."

⁷¹Ci si riferisce a Corte Cos. 235/2014, cit.

risarcitoria dei consociati, sconta sul piano fattuale l'erronea valutazione del contenuto degli interessi in gioco poiché il giudizio non va compiuto tra singolo e consociati ma tra danno alla salute e pregiudizio economico dell'assicurazione senz'altro meritevole di tutela, ma evidentemente slegato da quello dei consociati a non veder aumentare il premio assicurativo.

Così i parametri da prendere a riferimento nel nuovo giudizio di proporzione diventano: da un lato l'interesse puramente economico del professionista, consapevole delle problematiche del settore in cui si trova ad operare e la cui volontà di sopportare l'alea del rischio sottesa al contratto è palesata dalle ingenti somme di denaro previste nel contratto di assicurazione a carico del creditore e dall'altro la salute del danneggiato, le cui limitazioni superano il giudizio di ragionevolezza solo in presenza di beni di pari rango, che nel caso di specie non sembrano manifestarsi.

In definitiva lasciare al giudice il potere di individuare il *quantum* da risarcire nel caso concreto significa non solo individuare la soluzione più idonea a mediare i vari interessi in gioco evitando inutili duplicazioni risarcitorie,⁷² ma anche saper cogliere la peculiarità dei valori mediante l'ausilio dei principi della ragionevolezza e della proporzionalità; il primo in grado di individuare un punto di equilibrio tra diversi valori costituzionalmente rilevanti e il secondo volto a sancirne la giusta misura in sede di tutela, specie nel campo non patrimoniale ove la quantificazione del danno è rimessa quasi sempre ad un giudizio di tipo equitativo.⁷³

In senso analogo non è condivisibile, perché imperniata su logiche formalistiche poco attente agli aspetti sostanziali, quella giurisprudenza che nega il risarcimento del danno alla vita per l'inidoneità dell'illecito a produrre conseguenze dannose nella sfera giuridica dell'individuo che cessa di esistere.⁷⁴

L'impostazione secondo cui nel nostro ordinamento andrebbero risarciti i danni conseguenza e non anche il danno evento, giacché diversamente opinando si assegnerebbe alla tutela civilistica una funzione sanzionatoria del tutto anomala, non può

⁷²Già Corte Cost. 184/1986, paventando il rischio di inutili duplicazioni risarcitorie, aveva invitato a particolare cautela nella determinazione del danno. Prudenza non da intendere come contrazione del quantum risarcibile, ma come attenta disamina delle conseguenze dannose da riparare per assicurare idonea tutela al soggetto leso, senza produrre indebite ingerenze nella sfera patrimoniale del danneggiante.

⁷³Ci si riferisce in particolare agli artt. 1226 c.c. e 2056 c.c.

⁷⁴Cfr. *ex plurimis* Cass. 25.2.1997, n. 1704, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 446; Cass. 30.6.1998, n. 6404, in *Danno e resp.*, 1999 p. 323 con nota di C, MARTORANA, *Sei ore di agonia non sono sufficienti a far nascere il diritto al risarcimento del danno biologico iure hereditario*; Cass. 2.4.2001, n. 4783, in *Danno e resp.* 2001, p. 820.; Cass. 23 febbraio 2005, n. 3766, in *Rep Foro it.*, 2005, voce *Danni civile*, n. 23; Cass. 24.3.2011 n. 6754, in *Giur.it.*, 2012, 3, 551.

assurgere a “gabbia interpretativa”⁷⁵ in grado di determinare vuoti di tutela quando a venire in gioco sia il bene più prezioso.

La morte produce la perdita non solo di un bene, ma di tutti i beni e di tutte le possibilità di cui avrebbe potuto godere la vittima se non ci fosse stato l’illecito, senza contare che la vita ha valenza primaria non solo in ambito penalistico ma nell’intero ordinamento e che l’esigenza della sua tutela piena e incondizionata è il frutto del comune sentire sociale in un certo momento storico, ragion per cui la protezione di questo bene va assicurata mettendo in discussione gli schemi tradizionali, forgiandone anche dei nuovi che siano in grado di salvarli.

Negare alla vittima il ristoro del bene più importante equivale inoltre a produrre una grave disparità di trattamento tra la difesa della salute e la tutela della vita, sproporzione che si traduce in una soddisfacente protezione della prima e in una carenza di tutela per la seconda che, al contrario, nella scala dei valori costituzionali, rappresenta bene inestimabile. L’incongruenza non è superabile neanche per mezzo di quegli *escamotages* interpretativi tesi ad ampliare l’area del danno risarcibile quando vi sia un lasso di tempo apprezzabile tra l’illecito e il decesso del vittima. Si fa riferimento in particolare alle fattispecie del danno biologico premortale, quando il soggetto sopravviva abbastanza a lungo da ammalarsi, e al risarcimento del danno morale allorché il pregiudizio non si traduca in una patologia ma sia ad ogni modo causa di una sofferenza intensissima per la vittima negli istanti che precedono l’evento catastrofico.

Questi sforzi ermeneutici tesi a superare l’inconcepibile affermazione secondo cui è meglio uccidere che ferire e se si uccide è bene farlo in modo netto ed immediato,⁷⁶ si palesano tuttavia incapaci a superare l’iniquità di un sistema imperniato sulla risarcibilità del danno conseguenza che assegna alla sussistenza della capacità giuridica del soggetto la qualifica di elemento dirimente circa la riparabilità o meno del bene in questione; va perciò promossa l’idea secondo cui la vittima acquisisce il diritto al ristoro del danno da perdita della vita in coincidenza della lesione mortale, e quindi anteriormente all’*exitus*, assurgendo la tutela di questo bene a indispensabile eccezione al principio dell’irrisarcibilità del danno-evento.⁷⁷

⁷⁵Cfr. Cass. 23.1.2014, n. 1361 in *Danno e resp.*, 2014, 2, 363.

⁷⁶Il riferimento è a R. CASO, *Uccidere è più conveniente che ferire: la distruzione della vita tra paradossi, irrazionalità e costi del sistema risarcitorio del danno non patrimoniale*, in *Dialoghi sul danno alla persona*, Trento, 2006, p. 211.

⁷⁷Già in passato si riteneva che qualsiasi lesione dei diritti della persona in quanto “*collocati al vertice dei valori costituzionalmente garantiti, vada incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione*”

La difesa di questo valore, che prescinde dalla consapevolezza che la vittima abbia della sua fine, assurge a interesse meritevole di tutela anche nel caso in cui il decesso coincida con l'illecito, senza che assumano rilievo né il presupposto della persistenza in vita per un apprezzabile lasso di tempo né il criterio dell'intensità della sofferenza subita dalla vittima per la cosciente e lucida attesa dell'inesorabile spegnersi della propria esistenza.

L'illecito seppur non produttivo di conseguenze *inter vivos*, per l'inadeguatezza dell'individuo che cessa di esistere ad essere titolare di diritti, è tuttavia foriero di conseguenze dannose per la vittima che, pur non potendo essere compensata *stricto sensu* nella sua sfera giuridica, è portatore di un interesse a che tale bene venga salvaguardato anche quando a godere dei benefici risarcitori siano soggetti diversi ma ricollegabili alla sua sfera giuridica soggettiva, giacché la vita rappresenta valore di rilevanza primaria e la sua salvaguardia una pretesa irrinunciabile per tutti i consociati.

In questo senso appare improprio anche il tentativo di supplire alla mancanza del ristoro della perdita del bene in questione mediante l'attribuzione ai familiari *iure proprio* del diritto del risarcimento di tutti i danni non patrimoniali comprensivi non delle sole conseguenze fisiche o psichiche, ma anche dei c.d. danni esistenziali concretantesi nell'alterazione peggiorativa ed oggettiva degli assetti affettivi e relazionali all'interno della famiglia, soluzione che pone il rischio di confusioni concettuali in grado di determinare l'uso strumentale di alcuni istituti al fine di sopperire al mancato riconoscimento di altri.

In definitiva va ripudiato ogni tentativo di piegare la tutela della vita alle categorie formali del diritto auspicando viceversa che siano queste a modificarsi, evolversi e adattarsi alle esigenze avvertite come rilevanti dalla coscienza sociale in un certo momento storico; opinando diversamente infatti, si finirebbe per compromettere la tutela non di un bene qualsiasi, ma di quello più importante producendo una forte discrasia tra i principi costituzionali e comunitari - che impongono una piena tutela della vita - e i mezzi apprestati dall'ordinamento per la sua salvaguardia degli stessi.

(danno evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare" in termini di danno conseguenza. *Ex plurimis* si v. Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno e resp.* 2000, 836. Di recente la Suprema Corte, con ordinanza n. 5056/2014, preso atto del contrasto di giurisprudenza generatosi sul punto della risarcibilità *iure hereditario* del danno non patrimoniale da morte immediata, reso ancora più evidente a seguito della citata pronuncia n. 1361/2014 e tenuto conto della particolare importanza della questione, ha deciso di rimettere gli atti del procedimento al Primo Presidente per valutare l'esigenza di investire sull'argomento le Sezioni Unite della Corte di legittimità.

In senso conforme sembra muoversi anche il legislatore⁷⁸ che, consapevole dell'incertezza maturata sul tema in questione, ha valutato l'opportunità di rimeditare la materia del danno non patrimoniale promuovendo, anche in seno alla relazione di accompagnamento ad una recente proposta di legge, la risarcibilità del danno tanatologico⁷⁹, da quantificare mediante l'utilizzo delle tabelle milanesi già impiegate per la determinazione del danno non patrimoniale da lesione della salute, sancendo tuttavia nella riparazione di tale pregiudizio un'incomprensibile riduzione dei valori tabellari⁸⁰ e la possibilità per il giudice di incrementare tale risarcimento fino al 50 % laddove la menomazione accertata abbia inciso, nel periodo intercorso tra la lesione e la morte, in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali.

Seppure a tali previsioni va riconosciuto il pregio di aver positivizzato la categoria del danno da perdita della vita, esse si espongono ad almeno a due profili di criticità difficilmente superabili. In primo luogo appare illogica la scelta del legislatore di utilizzare le tabelle milanesi per la determinazione del danno tanatologico: salute e vita sono beni ontologicamente distinti e separati tra loro, motivo per cui essi non possono essere liquidati mediante l'utilizzo di medesimi parametri specie quando i criteri di riferimento, incentrandosi sull'integrità psico-fisica del danneggiato, si disinteressano completamente del bene leso. Più ragionevole sarebbe assegnare, in attesa di idonei parametri tabellari per la qualificazione del *vulnus* inferto, al prudente apprezzamento del giudice la determinazione del danno in questione mediante un giudizio improntato ad equità che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto come l'età della vittima, le sue condizioni di salute, le speranze di vita futura, l'attività da lui svolta e le condizioni personali e familiari.

⁷⁸Ci si riferisce alla proposta di legge n. 1063, del 28.5.2014, nota col nome del suo primo estensore On. Bonafede.

⁷⁹Ci si riferisce all'art. 84 bis della proposta di legge, rubricato determinazione del danno non patrimoniale e a tenore del quale *“la determinazione del danno non patrimoniale di cui all'articolo 2059-bis del codice è effettuata in base alle tabelle di cui all'allegato A alle presenti disposizioni per l'attuazione del codice. In caso di morte del soggetto danneggiato, il risarcimento del danno non patrimoniale da quest'ultimo subito è stabilito nella misura dell'80 per cento del danno non patrimoniale indicato nelle tabelle di cui al primo comma. Con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, qualora la menomazione accertata abbia inciso, nel periodo intercorso tra la lesione e la morte, in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali, l'ammontare del danno determinato ai sensi del primo comma può essere aumentato dal giudice fino al 50 per cento. Al fine di favorire l'uniformità nella valutazione dei danni non patrimoniali di cui agli articoli 2059-bis e 2059-ter del codice, il Ministero della giustizia provvede, nel mese di gennaio di ogni anno alla pubblicazione di una raccolta di sentenze emesse nell'anno precedente concernenti la determinazione dei danni non patrimoniali”*.

⁸⁰Secondo la proposta di legge, il danno sarebbe risarcibile utilizzando, ai fini della determinazione degli importi le tabelle milanesi con una decurtazione degli importi all'80%.

In secondo luogo non è condivisibile la rigida previsione che prevede una maggiorazione del danno nella misura predeterminata del 50% rispetto alle somme previste dalle tabelle sia per la palesata inadeguatezza delle stesse a valutare il danno in questione, sia per l'incomprensibile scelta del legislatore di fissare come limite massimo, nella commisurazione del danno da perdita della vita, l'80% del valore tabellare inerente all'invalidità permanente. Previsioni, queste, che si pongono in distonia con il principio di integrale riparazione del danno che impone al contrario una piena e soddisfacente tutela per la vittima quando, all'esito del giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti, non vi siano idonee giustificazioni per condizionare *in peius* la tutela del danneggiato con conseguente contrazione della sua salvaguardia in favore di altro e fondamentale diritto soggettivo.

Nel caso di specie, come nell'ipotesi dell'art. 139 del codice delle assicurazioni, non si ravvisano interessi in grado di giustificare l'amputazione dell'integrale tutela risarcitoria del danno tanatologico, specie se si considera che il termine di riferimento nel giudizio di comparazione con la vita del soggetto leso non è la sfera giuridica del danneggiante, ma il patrimonio dell'ente assicurativo senz'altro meritevole di tutela ma inidoneo a limitare la pretesa risarcitoria della vittima.

Di fatto, la somma erogata a compensazione della perdita del bene più prezioso non può ridursi alla stregua di un mero e simbolico indennizzo, ma deve essere adeguata sul piano quanti-qualitativo a ristorare il pregiudizio subito con l'unica esigenza di evitare pericolose duplicazioni risarcitorie che possano comportare un sacrificio, solo in questo caso, inesigibile per le assicurazioni.

Spetta ancora una volta al giudice individuare la soluzione che sia la più idonea al caso concreto mediante un giudizio di equità che abbia come paradigmi normativi di riferimento la ragionevolezza e la proporzionalità.