

RESPONSABILITÀ E DANNO. TRA MODELLI TRADIZIONALI E TENDENZE CONTEMPORANEE

FRANCESCO D'URSO

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Napoli Suor Orsola Benincasa
f.durso@inwind.it

ABSTRACT

The essay deals with the evolution of the relationship between liability and damage in Western legal systems and culture. Therefore, historical reconstruction is accompanied by an analysis of the different national legislations aimed at demonstrating the path of objectification of responsibility and, conversely, the path of subjectivity of damage.

KEYWORDS

Liability, Damage, Common Law/Civil Law, Individual Rights.

INTRODUZIONE

La relazione tra responsabilità e danno è un tema estremamente delicato il cui sviluppo ha contrassegnato alcune delle tappe più importanti nel solco della cultura giuridica occidentale e, ancora oggi, rappresenta una problematica in continua evoluzione in ambito dottrinario, normativo e, soprattutto, giurisprudenziale.

Il binomio responsabilità-danno ha subito, infatti, dal diritto romano ai giorni nostri, una trasformazione a tratti graduale e a tratti repentina, in cui si sono alternate ostinate resistenze e svolte improvvise. Un itinerario a velocità differita, dunque, che ha modificato radicalmente il loro modo di intendersi nella scienza del diritto nonché la loro capacità di incidere nella realtà sociale, sia se si considera la loro definizione e la delimitazione del loro ambito di applicazione, sia se si esamina la loro relazione. In sintesi, mentre nel campo della responsabilità la crescente rilevanza delle fattispecie non-contrattuali è stata accompagnata, caratterizzata e favorita dal definitivo passaggio ad una dimensione civilistica del tutto scissa dalla disciplina penale, nel campo del danno lo spostamento dell'interesse e della sensibilità dei giuristi dalla 'cosa' alla 'persona' ha determinato un accrescimento signifi-

cativo delle tipologie di danno non-patrimoniale e dei presupposti del suo riconoscimento¹.

Analizzare parallelamente la genealogia e la metamorfosi del loro paradigma ci consente di osservare due interessanti fenomeni: da un lato, infatti, è possibile intravedere un sostanziale sradicamento della responsabilità dalla condotta del soggetto e da una sua valutazione sempre più obiettiva, volta principalmente a verificare l'idoneità dell'azione del soggetto a produrre danni meritevoli di risarcimento; dall'altro, invece, si assiste ad un chiaro spostamento dell'attenzione sulla posizione complessiva del danneggiato, mediante la ponderazione di tutti gli elementi inerenti alla vita dell'individuo e mediante l'accertamento delle eventuali menomazioni prodotte dall'agire altrui. In altre parole, la centralità della persona e l'affermazione di una congerie di diritti direttamente riconducibili ad essa, sostenuta e garantita sempre più grazie al rafforzamento degli ordinamenti costituzionali, hanno determinato questa divaricazione concettuale per cui, mentre il profilo della responsabilità tende inesorabilmente ad oggettivarsi, la figura del danno tende, viceversa, a soggettivarsi.

DAL DIRITTO ROMANO AL GIUSNATURALISMO SEICENTESCO

Un momento essenziale di questo percorso è costituito certamente dal processo di patrimonializzazione del danno, ovvero dalla previsione di un risarcimento in danaro accanto o in sostituzione della sanzione penale. Il primo passo si compie, come prevedibile, nel mondo romano, a partire, già in età repubblicana, dalla *lex Aquilia de danno iniuria dato*, che introduce elementi determinanti in una disciplina giuridica prevalentemente ancorata ai dettami delle XII Tavole². La legge, infatti, nel terzo *caput*, aggiunge una forma di responsabilità per colpa alle tre forme di responsabilità per dolo (*furtum*, *rapina* e *iniuria*) nell'ambito dei *delicta*³. Fattispecie a cui corrispondeva l'attribuzione di una *poena*, ossia il pagamento di una somma. Tale intervento normativo muta il criterio soggettivo di responsabilità che lega il danneggiante all'evento cagionato consolidando, inoltre, il ruolo dell'elemento risarcitorio: un risarcimento che, secondo Ulpiano, era già da considerarsi come somma del *corpus* (danno emergente) e dell'*id quod interest* (lucro cessante)⁴. Secondo questa impostazione, quindi, si inaugura un progressivo pro-

¹ In verità, come osserva Nils Jansen, distinguere in maniera netta danno patrimoniale e danno non-patrimoniale è un'operazione assai insidiosa, "è tutt'altro che auto-evidente ed anzi è, in certi casi addirittura fuorviante" (cfr. N. Jansen, *Danno patrimoniale e danno non patrimoniale nella tradizione di diritto comune*, in L. Vacca (a cura), *Il danno risarcibile. Congresso internazionale ARI-STEC, Baia delle Zagare 14-16 giugno 2007*, Napoli 2011, p. 47).

² Sul rapporto tra XII Tavole e *lex Aquilia* cfr. M.F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli 2010, p. 3 e ss.

³ V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, p. 338.

⁴ Ulpianus, *ad ed. D.* 9,2,21,2, p. 18.

cesso di identificazione *de facto* tra l'*iniuria* e la *culpa*, per cui si determina un'ambiguità tra responsabilità dolosa e colposa che si acuisce con l'affermazione, in età imperiale, del principio *cuis commoda eius et incommoda* a cui consegue il riconoscimento dell'*obligatio quasi ex delicto*⁵. La figura gaiana dei 'quasi-delitti'⁶ delinea l'esistenza di una responsabilità senza colpa per fatto altrui, innestando così nel sistema una forma di responsabilità oggettiva fino ad allora sconosciuta nella tradizione romana⁷. Tuttavia, un elemento di chiara distinzione con la sensibilità moderna, che sarà oggetto di discussione per diversi secoli, è l'esclusione dalle istanze risarcitorie in caso di uccisione di un uomo. Una scelta che si giustifica con l'impossibilità di *aestimatio* della vita umana che, benché sostanzialmente superata in età classica, continua a condizionare anche le dottrine posteriori in maniera assai rilevante⁸.

In generale, dunque, nell'alveo del diritto romano incominciano a trovare luogo concetti determinanti che caratterizzano la visione moderna e contemporanea del danno: l'individuazione della nozione di interesse – e quindi l'intera copertura della perdita economica subita dal danneggiato – e la valutazione sia del *damnum* diretto sia di quello indiretto – e quindi il riconoscimento, seppur in senso assai restrittivo, della fattispecie del lucro cessante – rappresentano dei passaggi decisivi⁹. Nondimeno, il lascito di tale tradizione presenta, nel contempo, un limite e un'ambiguità. Il primo consiste nella mancata previsione di qualsiasi tipologia di danno non-patrimoniale: una lacuna che sarà superata, nel medioevo, attraverso il lavoro dei Glossatori che, soprattutto attraverso l'opera di Rogerio¹⁰, distinguono un interesse *circa rem* – che si riferisce al valore materiale (e dunque patrimoniale) del bene – e un interesse *extra rem* – che viceversa individua un valore affettivo (e dunque non-patrimoniale)¹¹. La seconda, invece, si sostanzia nella confusione tra dolo e colpa che soltanto nella lettura dei Commentatori sarà accantonata mediante la scissione tra i due elementi (e di conseguenza tra *iniuria* e *culpa*) e la determinazione di due corrispondenti forme di responsabilità: quella penale sulla base del crimine, quella civile fondata sull'obbligo di risarcimento¹².

⁵ Cfr. M.F. Cursi, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁶ Cfr. V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, p. 339.

⁷ Come scrive Sara Galeotti, "l'interesse che la giurisprudenza matura per i profili soggettivi della responsabilità (...) suggerisce un'antigiuridicità che va oltre la semplice connessione della condotta tenuta all'evento lesivo" (cfr. S. Galeotti, *Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli 2015, p. 286).

⁸ M.F. Cursi, *op. cit.*, pp. 80-81.

⁹ Cfr. N. Jansen, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰ Rogerius, *Summa Codicis*, in *BIMAE*, I, ed. G.B. Palmieri, p. 187 e ss.

¹¹ M.F. Cursi, *op. cit.*, p. 107. Su questa base, a partire dal XIV secolo, si assiste nella dottrina ad una crescente apertura, in tema di danno, alla considerazione e all'importanza del lucro cessante. A riguardo cfr. N. Jansen, *op. cit.*, pp. 56-57.

¹² M.F. Cursi, *op. cit.*, p. 122.

L'opera dei giuristi medievali, pertanto, mette ordine su un piano concettuale ed elimina alcune asperità ancora presenti nella sedimentata dottrina romanistica. Malgrado ciò, però, su gran parte delle questioni sostanziali, l'evoluzione del diritto comune non ha determinato alcuno scostamento rilevante: per assistere ad un'importante e significativa rimodulazione delle problematiche relative alla responsabilità e al danno bisogna attendere l'ampia ed eterogenea riflessione dei giusnaturalismi dei secoli XVI e XVII¹³. La responsabilità, grazie ad essi, si affranca definitivamente dal diritto penale, motivo per il quale viene meno l'attribuzione di una somma fissa come sanzione: l'intervento giudiziario può così svolgere, effettivamente, una funzione riparatrice mediante il ricorso ad una valutazione concreta del danno e sulla base di un principio generale che elimina la pluralità di ipotesi derivanti dalla tradizione romanistica e medievale identificando nell'illecito la causa dell'obbligo al risarcimento¹⁴. Ma soprattutto, sulla base di una particolare ricezione dell'idea aristotelica di giustizia commutativa, mutuata dalla filosofia tomistica e dalla giurisprudenza canonistica, la tarda scolastica elabora una dottrina delle 'restituzioni', fondata sul diritto naturale, che apre la strada ad un pieno riconoscimento del diritto del danneggiato¹⁵. Seguendo questa visione, infatti, il risarcimento privato mediante il pagamento di una somma di denaro, pur costituendo una soluzione suppletiva e alternativa alla restituzione del maltolto che esclude qualsiasi ipotesi di arricchimento del danneggiato, costituisce una fattispecie del tutto separata da qualsiasi tipologia di sanzione penale e, inoltre, un significativo spostamento dell'attenzione sull'interprete-applicatore: il fulcro della sua analisi non è più costituita dalla condotta del danneggiante, e dunque dall'elemento soggettivo della responsabilità, ma piuttosto dall'interesse della parte lesa, e dunque dal suo profilo oggettivo¹⁶.

L'eredità di questa fondamentale svolta teorica viene raccolta da Ugo Grozio che sistematizza e 'secolarizza' i suoi punti-chiave in una prospettiva più organica¹⁷. Il grande giurista olandese offre, del resto, uno spazio non secondario, nel *De iure belli ac pacis*, al tema del *dammum per iniuria datum*¹⁸. La sua è una rielaborazione che trasforma l'*iniuria* in un elemento qualificante della *culpa*¹⁹. Secondo Grozio, infatti, la *culpa* costituisce un comportamento o un'omissione che, direttamente o indirettamente, produce un danno che va risarcito, ossia una diminuzione di ciò che è attribuito a ciascuno per natura, per un fatto umano oppure

¹³ N. Jansen, *op. cit.*, p. 53.

¹⁴ V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, p. 340.

¹⁵ N. Jansen, *op. cit.*, pp. 58-60.

¹⁶ Ivi, p. 61.

¹⁷ Sempre secondo Jansen, Grozio "ha introdotto il patrimonio concettuale della tarda Scolastica e con esso anche i principi fondamentali della teoria della restituzione nel discorso del diritto naturale dell'età moderna" (cfr. N. Jansen, *op. cit.*, p. 63).

¹⁸ H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, I (II.17.1), ed. Utrecht 1773, pp. 512 e ss.

¹⁹ M.F. Cursi, *op. cit.*, pp. 134-135.

per legge²⁰. In questo quadro, in cui al *neminem laedere* si aggiunge il *cuique suum tribuere*, l'*iniuria* diventa il parametro necessario onde determinare l'ingiustizia che connota il danno²¹. Inoltre, riprendendo l'impostazione cara ai teologi della tarda scolastica²², Grozio opera il definitivo affrancamento della responsabilità civile da quella penale: infatti, mentre il *maleficium*, che si fonda su una condotta colposa e ingiusta, obbliga al risarcimento in quanto derivante dalla *lex naturalis*, il *delictum*, che si fonda su una condotta dolosa e contraria alla legge, è soggetto contemporaneamente alla pena - prevista dalla *lex positiva* - e all'obbligo di risarcimento sempre in violazione del diritto naturale²³. Dalla lettura groziana, tuttavia, affiorano due questioni estremamente rilevanti: da un lato, non si giunge ancora ad una definizione netta della categoria del danno non patrimoniale, malgrado compaiano ormai i presupposti per una sua completa affermazione²⁴; dall'altro, però, si realizza la piena 'patrimonializzazione' della persona²⁵.

Ad affrontare in maniera decisamente differente le due tematiche è Samuel Pufendorf. Riconsiderando, infatti, il *neminem laedere* come unico presupposto del risarcimento, egli distingue il danno materiale dal danno immateriale - realizzando così un'importante apertura verso il riconoscimento del danno non patrimoniale²⁶; tuttavia, pur accettando la tutela assoluta del danno alla persona, Pufendorf esclude da essa la vita umana *tout court*, dal momento che soltanto il defunto può disporre del proprio corpo²⁷. La visione pufendorfiana, in altre parole, porta alle estreme conseguenze la logica proprietaria che, nonostante gli permetta di superare le vecchie remore romanistiche legate all'*aestimatio*, non gli

²⁰ H. Grotius, *op. cit.*, p. 513.

²¹ M.F. Cursi, *op. cit.*, p. 139.

²² In particolare D. Soto, *De iustitia et iure*, Venezia 1573, 101v-102r.

²³ M.F. Cursi, *op. cit.*, p. 135.

²⁴ Cfr. N. Jansen, *op. cit.*, pp. 66-67.

²⁵ Il coesistere e compenetrarsi di questi due aspetti determina un esito quasi paradossale. "L'aporia nella quale è venuto a trovarsi il danno patrimoniale" - scrive Carlo Castronovo - deriva dal fatto che "per diventare risarcibile, ha dovuto tradursi in una somma di denaro" (cfr. C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in L. Vacca (a cura), *op. cit.*, p. 363); ovvero ha dovuto incidere esclusivamente sulla sfera patrimoniale del danneggiante e, dunque, in una prospettiva eminentemente civilistica. Questa svolta ha, altresì, posto un'altra problematica, cioè - come ricorda Nils Jansen - la necessità di misurare il "dolore" attraverso il "denaro": la quantificazione del *pretium doloris* ha costituito inizialmente una limitazione alla valutazione del danno non patrimoniale, ma, successivamente, è diventato - soprattutto nella Francia del XIX secolo - un "argomento-ponte" per aprire la strada a nuovi orizzonti e al riconoscimento di nuove situazioni tutelabili (cfr. N. Jansen, *op. cit.*, pp. 67, 70-71 e 79).

²⁶ S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium, libri octo*, Frankfurt-Leipzig 1759, p. 297. Non va, inoltre, dimenticato che già un autore come Christian Wolff rivendicava l'inclusione della responsabilità rispetto alla lesione di beni immateriali: "Quamobrem ne culpa quidem proferre licet verba, vel committere actiones, quibus existimatio seu honor, vel fama alterius laedi potest" (C. Wolff, *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, I, Frankfurt-Leipzig 1741, p. 582); sul punto cfr. N. Jansen, *op. cit.*, p. 65.

²⁷ S. Pufendorf, *op. cit.*, p. 307.

consente di compiere quell'ultimo balzo verso una completa oggettivazione del danno²⁸.

Un ultimo importante contributo, in questa fase, viene offerto da Christian Thomasius²⁹. Come Pufendorf, anch'egli áncora al *neminem laedere* il risarcimento del danno: un risarcimento che, nella sua interpretazione, costituisce l'effetto di una lesione derivante, a sua volta, da un determinato comportamento³⁰. La sua attenzione, quindi, si concentra sull'evento dannoso, prediligendo l'elemento oggettivo della condotta sugli aspetti soggettivi della stessa. L'applicazione della medesima logica proprietaria conduce Thomasius, sulla scorta di tale cambio di prospettiva, all'elaborazione di una nuova nozione di *iniuria* e all'esplicito riconoscimento della responsabilità oggettiva³¹.

IL DIRITTO CODIFICATO: DUE MODELLI A CONFRONTO

I secoli XVIII e XIX vengono caratterizzati da una duplice assimilazione dei risultati teoretici che la dottrina giusnaturalista aveva raggiunto. Si affermano, come noto, due modelli, quello tedesco e quello francese, che indirizzeranno la cultura giuridica dell'Europa continentale cristallizzandosi rispettivamente nel Code del 1804 e nel BGB del 1900, alfa ed omega di un'era in cui il massiccio sviluppo industriale porterà a problematiche fino ad allora sconosciute e, di conseguenza, all'esigenza di adottare una rinnovata e differente visione che condurrà a nuovi paradigmi, sia per la responsabilità, sia per il danno. In verità, rispetto al primo profilo, in entrambi i codici permane una concezione soggettivistica, formalmente fondata sulla nozione di *culpa*; ma, rispetto al riconoscimento del danno, emergono delle peculiarità che consentiranno, alle rispettive giurisprudenze, di insinuare, seguendo diverse strategie, il seme della responsabilità oggettiva, offrendo in tal modo la possibilità di categorizzare nuove tipologie di risarcimento. Mentre il *Code*, infatti, adotta una sorta di 'clausola generale' del danno che costituisce il grimaldello indispensabile per l'azione novatrice dei giudici, il BGB affronta la medesima questione con una serie di disposizioni particolari che tracciano un confine più o meno definito, fatta eccezione per alcune specifiche e limitate figure 'aperte' che, a loro volta, innescano un analogo processo evolutivo, quanto meno in ambito giurisdizionale.

Il modello francese ha i suoi riferimenti teoretici nell'opera sistematica di Jean Domat e in quella di Robert-Joseph Pothier. Domat, *in primis*, individua tre specifiche problematiche da analizzare: le condotte dannose che producono il danno,

²⁸ M.F. Cursi, *op. cit.*, pp. 155-157.

²⁹ C. Thomasius, *Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum* (LX), in Id., *Dissertationes accademicarum*, II, Halle 1774, p. 849 e ss.

³⁰ M.F. Cursi, *op. cit.*, pp. 159-161.

³¹ Ivi, p. 162.

la natura del danno e le forme di risarcimento³². Per quanto concerne le condotte, egli elabora la seguente tripartizione: delitti e crimini, violazione del contratto e altri casi non riconducibili alle prime due categorie³³. Proprio quest'ultima tipologia 'negativa' apre uno spiraglio decisivo per l'elaborazione di un modello di responsabilità extra-contrattuale fondata sulla condotta colposa del danneggiante. In relazione alla natura del danno, il giurista francese individua, invece, due classi: i danni visibili e i danni invisibili³⁴. Questi ultimi sarebbero costituiti dalle perdite per credito non riscosso o per vendite non eseguite; in essi incomincia quasi a prefigurarsi quell'inscindibile binomio - fondamentale per la giurisprudenza successiva - di danno emergente e lucro cessante. In effetti, in merito alle forme di risarcimento, Domat aggiunge alla liquidazione del danno anche gli interessi, sia per i crediti, sia per tutte le altre fattispecie. Inoltre, egli considera la valutazione del danno in maniera assolutamente oggettiva, negando qualsiasi valore alla *affectionis ratio*, e distingue la responsabilità propria dalla responsabilità per fatto altrui, avallando così l'ipotesi di responsabilità oggettiva³⁵.

Quest'ultima dicotomia viene perfezionata dall'ampia ricostruzione di Pothier. In verità, riprendendo la romanistica separazione tra delitti e quasi-delitti, e dunque tra colpa e dolo, egli giunge a riunificare *iniuria* e *culpa* in un unico concetto³⁶. Questa ritrovata identità viene riassorbita dal *Code Napoléon* sebbene nella sua strutturazione la colpa diventi il criterio necessario per la legittimazione del risarcimento del danno³⁷. Una colpa che, sostanziandosi nell'inosservanza di un obbligo, nella negligenza e nell'imprudenza, palesa la preferenza del legislatore francese per un modello atipico di responsabilità, decisamente distante da quello romanistico³⁸.

Dalla lettura combinata degli artt. 1382 e 1383 del *Code* emergono, inoltre, due assenze: da un lato, il presupposto dell'antigiuridicità - dal momento che si parla genericamente di 'danno' ma non lo si definisce 'ingiusto' - dall'altro qualsiasi richiamo alla responsabilità oggettiva³⁹. La normativa codificata, insomma, in quanto fortemente legata ad una visione marcatamente individualista, sebbene non preveda alcuna limitazione al risarcimento del danno - considerandolo come

³² J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, II, in *Œuvres complètes de J. Domat*, I, Paris 1835, p. 94 e ss.

³³ *Ibidem*, sul punto cfr. M.F. Cursi, *op. cit.*, p. 197.

³⁴ M.F. Cursi, *op. cit.*, p. 198.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ R.J. Pothier, *Traité des obligations*, in M. Bugnet (a cura), *Œuvres de Pothier*, II, Paris 1848, p. 57 e ss.

³⁷ V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, pp. 340-341.

³⁸ *Ivi*, p. 341.

³⁹ L'art. 1382 è stato sostituito, nel 2016, dall'art. 1240 la cui formulazione non modifica, nella sostanza, l'istituto: esso, infatti, individua un criterio soggettivo di imputazione della responsabilità e le forme di rimedio applicabili, ma nulla aggiunge alla qualificazione del danno da risarcire. Sul punto cfr. A. Lasso, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Napoli 2018, p. 41.

una fattispecie aperta - tenta di non intralciare o minacciare, in nessun modo, l'attività d'impresa e, perciò, impedisce la possibilità che ad essa possano essere imputati eventuali danni per responsabilità non derivante da condotta volontaria o colposa. Emblematica è, a riguardo, la timida disciplina dell'art. 1384 (*responsabilité du fait des choses*) in caso di incidenti con macchine industriali e veicoli⁴⁰. A ciò, poi, andrebbe sommata un'ulteriore assenza, ovvero la mancata previsione del danno non-patrimoniale. Tuttavia, proprio la genericità con cui il danno viene definito ha consentito alla giurisprudenza, negli anni successivi, di trovare un implicito riferimento e dunque il viatico per un suo possibile e graduale riconoscimento. Un processo favorito anche da un ultimo e non secondario elemento da sottolineare, ovvero l'inversione dell'onere della prova, che ha reso il principio della presunzione di colpevolezza come il cardine dello sviluppo processuale in tema di danno⁴¹. Su questa base, già nella metà dell'Ottocento, pur preservando in astratto la sussistenza della sola responsabilità per colpa, i giudici incominciarono a riconoscere il risarcimento al lavoratore laddove sussistesse, in via del tutto presuntiva, una connessione tra il danno subito e un difetto dei macchinari utilizzati (o anche una carenza nel sistema organizzativo aziendale)⁴².

Il modello tedesco si sviluppa, invece, lungo il crinale della scuola storica e della pandettistica, le quali assumono un approccio diametralmente opposto rispetto alla definizione del danno, mentre convergono nella sostanza rispetto alla nozione di responsabilità⁴³. Una dialettica, questa, i cui risultati costituiranno il principale riferimento teorico per la disciplina del BGB del 1900, ma non senza sorprese. In tema di danno e responsabilità, la scuola storica ha una posizione decisamente conservatrice: sia Savigny sia Puchta riconoscono solamente la fattispecie del danno patrimoniale, mentre Gustav Hugo estende, oltre al danneggiato, anche ai parenti e a chi possiede un interesse il risarcimento, malgrado non indichi dei criteri in merito ai quali sia possibile l'attribuzione del diritto⁴⁴. La pandettistica, invece, nel suo tentativo di attualizzazione delle fonti romane, si mostra sorprendentemente più aperta alle innovazioni proposte dal giusnaturalismo. Infatti, se, da un lato, attraverso l'accoglimento della *Differenztheorie*⁴⁵ la quantificazione del risar-

⁴⁰ Oggi è stato sostituito dall'art. 1242. Cfr. V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, p. 342.

⁴¹ *Ivi*, p. 341.

⁴² Un'importante pronuncia, a riguardo, risale al 13 dicembre 1854, da parte della Corte imperiale di Lyon. Sul punto cfr. F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli 2003, pp. 121-122; F. Degl'Innocenti, *Rischio d'impresa e responsabilità civile. La tutela dell'ambiente tra prevenzione riparazione dei danni*, Firenze 2013, p. 18.

⁴³ M.F. Cursi, *op. cit.*, pp. 174 e 179.

⁴⁴ F.K. v. Savigny, *Le obbligazioni* [1851], I, Torino 1912, trad. it., p. 9; G.F. Puchta, *Pandekten*², Leipzig 1877, p. 342; G. Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts*, in Id., *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, II¹, Berlin 1819, p. 481. Sulla questione cfr. M.F. Cursi, *op. cit.*, pp. 174-175.

⁴⁵ La *Differenztheorie* fu elaborata da Friedrich Mommsen a metà del secolo XIX; cfr. F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, *Zur Lehre vom dem Interesse*, Braunschweig 1855, pp. 3-150 e 213-231. Essa può essere considerata come uno sviluppo e un superamento del princi-

cimento aquiliano viene legata alla diminuzione patrimoniale determinata dall'evento dannoso, molti dei suoi esponenti assumono una posizione estremamente aperta nei confronti della fattispecie non-patrimoniale. In particolare, Bernhard Windscheid, dopo un'iniziale contrarietà, giunge a condividere con Rudolf von Jhering il principio secondo il quale l'interesse del danneggiato costituisca l'unico parametro di riferimento per legittimarne il risarcimento⁴⁶.

Per quanto, invece, concerne la responsabilità entrambe le scuole approvano un ritorno alle fonti romane accantonando la distinzione giusnaturalista tra anti-giuridicità (leggi: *iniuria*) e colpevolezza (leggi: *culpa*)⁴⁷.

Nel BGB, in verità, abbiamo solo tre disposizioni particolari in tema di responsabilità extra-contrattuale, ma tutte molto significative. Il § 823 definisce il danno da lesione colposa e da lesione dolosa, elencando l'insieme dei beni tutelati: vita, corpo, salute, libertà, proprietà o diverso diritto; proprio quest'ultimo richiamo costituisce una formula aperta che consente in teoria, a livello giurisprudenziale, un'estensione progressiva delle fattispecie. Il § 826 riconosce il risarcimento del danno anche nei casi di condotta volontaria contro i 'buoni costumi'. Infine, il § 829 prevede l'ipotesi di responsabilità oggettiva soltanto nei casi di danno procurato da soggetti incapaci. In generale la disciplina del codice tedesco presenta le seguenti caratteristiche: fa sua la separazione tra *iniuria* e *culpa*; tutela i diritti assoluti in maniera ampia e generale; protegge i diritti relativi in maniera particolare e lacunosa; riconosce gli interessi non patrimoniali solo nei casi previsti dalla legge; oscilla tra la preferenza verso le *Generalklauseln* e il rispetto del *numerus clausus*⁴⁸. Pertanto, anche in esso è possibile cogliere quella tendenza, già ravvisata nel *Code*, di preservare nel complesso il binomio responsabilità-colpa.

Tuttavia, soprattutto nella seconda parte del Novecento, la giurisprudenza tedesca, partendo da una lettura estensiva del § 836 che concerne la specifica e residuale materia dei danni in caso di rovina di edificio, ha elaborato il concetto di *Verkehrspflicht*, che introduce un principio generale di responsabilità oggettiva gravante su coloro che, nell'esercizio della propria attività, determinano o lasciano

pio dell'*id quod interest* di tradizione romanistica (cfr. F. Procchi, *Dall'«id quod interest» alla costruzione della cd. Differenzhypothese ad opera di Friedrich Mommsen*, in L. Garofalo (a cura), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova 2011, pp. 481-550), oppure come "riformulazione pandettistica del passo di Paolo secondo il quale «damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt»" (cfr. C. Castronovo, *Responsabilità civile europea*, in V. Scalisi (a cura), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano 2007, p. 736).

⁴⁶ B. Windscheid, *Diritto delle pandette* [1900⁸], trad. it., Torino 1925, p. 764; R. v. Jhering, *Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn*, in *Jherings Jahrbücher*, XVIII, 1889, p. 1 e ss. In merito ancora cfr. M.F. Cursi, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁷ M.F. Cursi, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁸ Ivi, pp. 185-190; V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, p. 345.

persistere una situazione di pericolo che produce danni nei confronti di terzi⁴⁹. Un ulteriore esempio, dunque, di come la giurisprudenza, in questo settore, muovendo dalle pieghe più remote di un testo normativo, riesca ad elaborare un principio o una *regula iuris* che modifica radicalmente il modo stesso di intendere un istituto consolidato e la sua intera disciplina giuridica.

IL CONTESTO ITALIANO

E in Italia? La ricezione della tematica della responsabilità e del danno si articola lungo i secoli XIX e XX attorno ai due codici civili di cui l'ordinamento italiano si è nel tempo dotato, quello del 1865 e quello 'unificato' del 1942. L'analisi del processo di formazione legislativa mostra come nel contesto giuridico italiano si presenti l'emersione di una 'doppia anima'⁵⁰: se, infatti, gli artt. 1151 e 1152 del codice Pisanelli costituiscono una trascrizione alquanto fedele degli artt. 1382-1383 del codice napoleonico, il codice del '42, pur mantenendo la struttura atipica e la clausola generale di derivazione francese, aggiunge, alla definizione della responsabilità extra-contrattuale, l'elemento dell'antigiuridicità. Ciò determina uno spostamento dell'attenzione dal soggetto agente verso l'evento dannoso, acuita dalla previsione della responsabilità oggettiva, soprattutto per le imprese, che risponde a un principio di solidarietà sociale del tutto assente, come visto, nelle codificazioni ottocentesche radicalmente individualiste e liberali.

Un tema assai dibattuto, inoltre, concerne la funzione, o la congerie di funzioni, attribuibile alla responsabilità aquiliana nel nostro ordinamento. Ancora fino a pochi anni fa, la giurisprudenza ammetteva l'esistenza di finalità esclusivamente riparatorie: un'apertura chiara ad una dimensione multifunzionale della responsabilità extra-contrattuale si è avuta solo nel 2015⁵¹. Anche nella dottrina odierna appare indiscutibile che attraverso essa possano essere perseguiti ulteriori scopi, come la deterrenza, la prevenzione o sanzione di determinate condotte e pratiche⁵². È meno pacifico, invece, ammettere la previsione di una molteplicità di criteri di imputazione. Criteri che la dottrina favorevole individua, oltre che nella colpa, anche nel rischio e nella condizione economica⁵³. Se la colpa, per il vero, non desta particolari obiezioni, rispetto al rischio, esso si incarnerebbe in quelle fattispecie di responsabilità oggettiva espressamente contemplate negli artt. 2049 (responsabilità dei padroni e dei committenti), 2050 (responsabilità per l'esercizio

⁴⁹ F. Di Ciommo, *op. cit.*, p. 131. Per una più ampia trattazione del tema dei *Verkehrspflichten* cfr. R. Wilhelmi, *Risikoschutz durch Privatrecht*, Tübingen 2009, p. 192 e ss.

⁵⁰ M.F. Cursi, *op. cit.*, pp. 211-214.

⁵¹ Cass. Civ. 15.04.15, n. 7613.

⁵² Cfr. P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile: le fonti delle obbligazioni*, diretto da Rodolfo Sacco, III, Torino 1998, pp. 19-21.

⁵³ Su questa posizione si era espresso, tra i primi, Stefano Rodotà, soprattutto in S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, p. 127 e ss.

di attività pericolose), 2051 (danno cagionato da cose in custodia), 2052 (danno cagionato da animali)⁵⁴. Inoltre, in merito alla condizione economica, è nei dispositivi degli artt. 2047 (danno cagionato dall'incapace) e 2048 (responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte), ossia nei c.d. casi di responsabilità per fatto altrui, che essa troverebbe specifica applicazione⁵⁵.

Più in generale, spostandoci sul versante del danno, anche in Italia la connessione tra responsabilità civile e attività a rischio ha determinato la necessità di risposte adeguate, su tutti i piani: dottrinario, legislativo e giurisprudenziale. Risposte che si sono principalmente indirizzate verso una graduale estensione della risarcibilità del danno a nuove fattispecie grazie all'individuazione (o creazione) di nuove figure e nuovi istituti da parte della giurisprudenza civile. In generale, è andata ad affievolirsi la relazione tra responsabilità e danno e, in maniera simmetrica, è cresciuta la gamma e la tipologia delle pretese avanzabili. Ciò ha determinato una maggiore attenzione verso la posizione del danneggiato e i suoi interessi nonché verso la natura composita del danno. Se, infatti, nel secolo XIX l'orientamento di legislazione e giurisprudenza era quello di non intralciare la crescita del sistema capitalistico e, dunque, limitare il campo del risarcimento civile ad un numero rigidamente chiuso di fattispecie, nel secolo XX si è assistito ad una crescita costante delle tutele della persona⁵⁶. Fenomeno a cui si giustappone una parallela tendenza che rappresenta, forse, uno degli aspetti più interessanti nello sviluppo della relazione tra responsabilità e danno, ovvero la progressiva separazione che, con rimedi contrattuali (es. assicurazione) o non-contrattuali (es. previdenza dagli infortuni), ha prodotto, nel corso degli anni, una vera e propria 'allocazione' del danno ad un altro soggetto⁵⁷.

Al cospetto di mutamenti così radicali è, oltretutto, possibile osservare in filigrana i tratti di un'ulteriore svolta paradigmatica, ossia il sorgere di quella dialettica tra Codice e Costituzione che, soprattutto negli ordinamenti dell'Europa continentale, ha caratterizzato un riequilibrio tra principi e regole, e conseguentemente tra *iudex* e *lex*, con fondamentali implicazioni nel campo dei diritti dei privati. Altrove, specialmente nella cultura giuridica nordamericana, il contributo dell'analisi economica del diritto ha, invece, spostato la prospettiva della responsabilità civile dalla 'colpa' al 'rischio', e dunque dalla dimensione puramente soggettiva della condotta a quella prevalentemente obiettiva delle attività svolte e dei danni generati⁵⁸.

⁵⁴ M.F. Cursi, *op. cit.*, p. 240.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cfr. F. Marinelli, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari 2009, p. 214.

⁵⁷ V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, p. 336.

⁵⁸ Il contributo più rilevante, che ha influenzato studi e ricerche successive, è senza dubbio l'ampio saggio di Guido Calabresi sulla responsabilità in caso di incidenti (cfr. G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica* [1970], Milano 1975) seguito da un successivo lavoro sul tema altrettanto importante (cfr. Id., *Optimal Deterrence and Accidents*, in

Rimanendo, allora, nello stretto campo della disciplina civilistica, una prima importante innovazione è stata la graduale estensione della responsabilità aquilana a situazioni nuove⁵⁹. Una svolta che la giurisprudenza italiana ha compiuto applicando la disciplina dell'art. 2043 dapprima, a partire da una storica sentenza del 1971, ai diritti soggettivi relativi⁶⁰, e poi, nell'ultima decade del secolo scorso, anche alla tutela di interessi legittimi⁶¹. Una soluzione rivelatasi efficace grazie al richiamo alla clausola generale del 'danno ingiusto', il cui ricorso ha consentito nel tempo questo duplice e fondamentale ampliamento⁶². Se, dunque, in tema di danno patrimoniale si è realizzata una faticosa ma estremamente ampia dilatazione delle posizioni garantite dalla possibilità di risarcimento, un discorso diverso va fatto per ciò che concerne la fattispecie non-patrimoniale.

Il carattere più dichiaratamente tassativo dell'art. 2059, infatti, ha determinato una lettura tendenzialmente più restrittiva che ha condotto, parte della dottrina, al tentativo di introdurre e riconoscere nuove tipologie di danno non previste dalla normativa codicistica. Lo spostamento, infatti, dello sguardo dalla figura del danneggiante a quella del danneggiato ha, in un certo senso, spostato l'attenzione dalla condotta del primo agli effetti obiettivamente prodotti nella sfera del secondo. Detto diversamente, all'accrescimento del profilo della responsabilità oggettiva è corrisposta una crescente espansione della dimensione del danno e, dunque, alla proliferazione delle sue possibili e presunte tipologie, tutte riconducibili al più ampio concetto di danno alla persona⁶³. Un fenomeno che è stato certamente alimentato e incoraggiato dall'estensione interpretativa del richiamo alla 'legge', a

Yale Law Journal, 4, 1975, pp. 656-671). Punto di partenza dello studio era l'assunto secondo il quale una delle finalità della responsabilità civile è rappresentata dall'esigenza di minimizzare i costi sociali. Perciò Calabresi, nell'individuare strumenti e strategie più efficaci, superando la semplice logica del *cuius commoda eius et incommoda*, elabora una vera e propria teoria della responsabilità civile che si fonda su due cardini: *in primis*, l'imputazione del danno è concepita in modo da produrre risultati più efficienti da un punto di vista economico; *in secundis*, al fine di ottenere tale obiettivo, è necessario predisporre degli incentivi per indurre a comportamenti ritenuti più corretti (cfr. G. Calabresi, *Costo degli incidenti*, cit., p. 51 e ss.). Nella sostanza, affiora l'idea, attraverso il richiamo alla nozione di *strict liability*, che il soggetto su cui deve ricadere l'obbligo di risarcimento è quello che meglio può dotarsi di un'accurata analisi costi-benefici cfr. Id., *Optimal Deterrence*, cit., p. 669). Per una più esaustiva ricostruzione cfr. F. Di Ciommo, *op. cit.*, pp. 143-145.

⁵⁹ F. Marinelli, *op. cit.*, p. 215.

⁶⁰ Il c.d. caso Meroni (Cass. Civ. 26 gennaio 1971, n. 174). Cfr. F. Marinelli, *op. cit.*, p. 216. Come ancora osserva Castronovo, l'idea di una tutela aquiliana limitata ai diritti soggettivi rappresenta "il corollario dell'idea stessa di diritto soggettivo, il cui significato è quello di costituire un ambito di tutela fuori dal quale, a contrario, tutela è coerente non vi sia" (cfr. C. Castronovo, *Sentieri*, cit., p. 340).

⁶¹ Cass. Civ. S.U. 22 luglio 1999, n. 500. Cfr. F. Marinelli, *op. cit.*, p. 216.

⁶² Cfr. P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli 2014⁷, p. 901.

⁶³ Scrive, in merito, Salvatore Patti: "La certificazione delle nuove figure di danno è servita, in primo luogo, a tener conto di ogni aspetto del pregiudizio soggettivo del danneggiato" (cfr. S. Patti, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in L. Vacca (a cura), *op. cit.*, cit., p. 2).

cui l'art. 2059 fa espresso e basilare riferimento, intendendosi con essa la Costituzione medesima e, dunque, l'intero coacervo di diritti in essa sanciti.

È, perciò, in questo quadro che va compresa, nel nostro ordinamento, accanto al danno morale – categoria tradizionalmente associata alla fattispecie del danno non-patrimoniale⁶⁴ – l'introduzione di altre figure come il danno biologico e il danno esistenziale. Il danno biologico ha dapprima ricevuto un pieno riconoscimento nella giurisprudenza della Cassazione, e ha poi trovato spazio anche in alcune fonti legislative, suscitando, tuttavia, non poche perplessità⁶⁵. Il danno esistenziale, invece, seppur individuato, definito e ammesso nelle sentenze della Suprema Corte, non è stato considerato dalla medesima come un'autonoma fattispecie di danno, né ha ottenuto riscontro in alcuna disciplina normativa⁶⁶. Anzi, nell'ultimo decennio, possiamo constatare il succedersi di una serie di pronunce che hanno tracciato un costante e deciso orientamento giurisprudenziale volto, sostanzialmente, a realizzare una *reductio ad unum* del danno non-patrimoniale, nell'alveo del quale l'eventuale individuazione e sussistenza delle sottocategorie del danno morale, del danno biologico e del danno esistenziale contribuiscono a determinare quantitativamente l'ammontare complessivo della pretesa risarcitoria⁶⁷.

⁶⁴ Il danno morale, riprendendo le parole della Cassazione medesima, costituisce “l'ingiusto turbamento dello stato d'animo del danneggiato o anche nel patema d'animo o stato d'angoscia transeunte generato dall'illecito” (Cass. Civ. 17 luglio 2002, n. 10393).

⁶⁵ Come ricostruisce Busnelli, il dialogo tra giurisprudenza e legislazione ha attraversato due fasi e si è sempre sviluppato in maniera problematica: se, infatti, fino al 2000 il legislatore non ha dato alcun seguito ai successivi interventi dei giudici che riconoscevano e fissavano in modo chiaro i termini del danno biologico, a partire dal d. lgs. 38/2000 sugli infortuni sul lavoro e poi con la l. 57/2001 in merito alla circolazione stradale, la sua formula ha incominciato a comparire anche nei testi normativi. Il problema derivante da questo mutato atteggiamento del legislatore risiede nel fatto che il danno biologico non viene definito e regolamentato da una legge organica (che, nei testi citati, veniva almeno preannunciata, al contrario della legislazione successiva, a partire dal 'Codice delle assicurazioni' del 2005, che non ne farà più menzione) ma attraverso un inserimento incidentale in specifiche discipline di settore: questo impedisce la possibilità che tale figura di danno possa essere correttamente configurata, in termini generali, come una componente del più generale 'danno non patrimoniale alla persona', ovvero come è stato inquadrato sia dalla cassazione (Cass. Civ. 31.05.03, nn. 8827 e 8828) sia dalla Corte Costituzionale (C. Cost. 11.07.03, n. 233); sul punto cfr. F. D. Busnelli, *Il danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori*, in L. Vacca (a cura), *op. cit.*, pp. 285-287.

⁶⁶ Cfr. F. Marinelli, *op. cit.*, p. 218. F.D. Busnelli, *op. cit.*, p. 288.

⁶⁷ In questo senso cfr. Cass. Civ. S.U. 11.11.08, nn. 26972-5; Cass. 15 gennaio, n. 687/2014. In una recentissima sentenza, inoltre, la Corte ha stabilito che, in merito ai criteri di liquidazione del danno non-patrimoniale, il giudice deve considerare due aspetti, ossia la lesione della sfera morale e quella della sfera dinamico relazionale. Pertanto, mentre nell'ambito della prima rientra la valutazione del danno morale, nell'alveo della seconda confluiscono danno biologico e danno esistenziale, la cui congiunta attribuzione costituirebbe, però, una duplicazione risarcitoria, data l'appartenenza di entrambe le voci all'area protetta dalla stessa norma costituzionale, ovvero l'art. 32 (Cass. Civ. 20 agosto 2018, n. 20795).

In generale, non si può non appurare questa ricorrente spinta ad allargare il campo del danno risarcibile, in particolar modo nella dimensione non-patrimoniale, mediante l'identificazione di nuove e specifiche situazioni tutelabili⁶⁸. Un processo che ha come protagonista l'opera del giudice, dell'interprete-applicatore, di quell'organo istituzionale che, con maggiore sensibilità e immediatezza rispetto al legislatore, può cogliere nel caso concreto l'avanzata di nuovi bisogni, di nuovi interessi e, soprattutto, le trasformazioni della società, tanto nelle dinamiche materiali quanto nelle prospettive valoriali che in essa affiorano e si affermano con maggiore forza e maggiore urgenza. Un processo che, proprio perché muove dall'attività giurisprudenziale e dalla casistica, non può che essere, tuttavia, caratterizzato da resistenze e ripensamenti, da incongruenze e ambiguità, dalla possibilità di precipitosi slanci in avanti e dal rischio di pericolosi corti circuiti⁶⁹.

I SISTEMI DI *COMMON LAW*

Se volgiamo, poi, il nostro sguardo agli ordinamenti oltremarica e oltreoceano, possiamo osservare una formazione e un'evoluzione significativamente differente degli istituti. In Inghilterra, la tradizione germanista si lega al principio casistico che caratterizza come noto la struttura stessa del *common law*: se, in una prima fase, vi sono delle restrizioni alle *forms of actions*, in un secondo momento si arriva alla definizione dei *torts* che regoleranno in maniera specifica i casi di responsabilità oggettiva e i termini del risarcimento del danno. In particolare, all'*action of trespass*, di origine più antica, che ha natura penale e concerne le lesioni direttamente inflitte dall'offensore, si aggiunge nel XIV secolo l'*action of trespass on the cases*, che ha natura civile e prevede una forma di risarcimento anche per gli atti non direttamente compiuti dall'offensore⁷⁰. Detto diversamente, mentre la prima forma di rimedio processuale ha come oggetto un illecito intenzionale, laddove vi è una presunzione di volontarietà, la seconda tipologia di azione giudiziaria è

⁶⁸ In verità, un caso particolare è costituito dalla c.d. 'perdita di chance', ossia il mancato conseguimento di un vantaggio derivante dalla condotta ingiusta e dannosa altrui. Permesso che essa costituisca pacificamente un'autonoma forma di danno patrimoniale, in Francia è stata oggetto di un dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, circa la possibilità che essa possa configurare, laddove si riferisce ad una '*perde de chance de guérison ou de suivre*', una nuova fattispecie di danno non-patrimoniale. Sul punto cfr. D. Mazeaud, *La 'perde de chance'*, in L. Vacca (a cura), *op. cit.*, pp. 233-248; C. Castronovo, *Sentieri*, cit., pp. 393-397.

⁶⁹ In questo senso è corretto sostenere, seguendo il ragionamento di Antonio Gambaro, che quello della responsabilità civile sia "un settore del diritto eminentemente giurisprudenziale", vuoi per la sua "struttura normativa debole", vuoi per il fatto che le sue regole fondamentali "non si leggono nei codici, o in testi legislativi", ma piuttosto "sono dettate dalla giurisprudenza secondo lo stile proprio di ciascuna tradizione" (cfr. A. Gambaro, *Le funzioni smarrite della responsabilità civile*, in L. Vacca (a cura), *op. cit.*, p. 318).

⁷⁰ Ivi, pp. 345-346.

esperibile per gli illeciti derivanti da condotta non intenzionale e da essa si svilupperà, poi, il concetto di *tort of negligence*⁷¹. Tale forma di responsabilità, nei secoli XVII e XVIII, sarà attribuita esclusivamente alle attività di rilevanza pubblica rispetto alle quali veniva riconosciuto un particolare obbligo di diligenza; tuttavia nell'Ottocento, con l'intensificarsi del processo di industrializzazione, troverà applicazione in aree molto più vaste⁷².

In generale, l'imputabilità del *tort of negligence* si basava su cinque fattori: l'esistenza del *duty of care* (ovvero del dovere di diligenza), la violazione del *duty*, l'esistenza del danno cagionato, il nesso di causalità tra lesione e danno, l'inesistenza di cause di giustificazione o di responsabilità del danneggiato che determinasse un eventuale concorso di colpa⁷³. Tra essi, però, è la definizione del *duty of care* l'elemento fondamentale, il perno attorno a cui ruota l'intera disciplina della responsabilità civile: grazie ad esso, infatti, il centro dell'accertamento giudiziario diventa il danneggiante, rispetto al quale la tendenza della giurisprudenza è quella di restringere gli ambiti di responsabilità. Diversamente dagli ordinamenti continentali in cui, sia attraverso forme tipiche sia mediante una struttura atipica, il punto principale è rappresentato dalla configurazione della situazione protetta - e quindi la posizione centrale è quella del danneggiato - nel *common law* britannico il cardine rimane sempre la sussistenza di un obbligo di diligenza⁷⁴. Un obbligo che, assieme alla sua eventuale violazione, non viene individuato grazie al ricorso a principi generali, ma è piuttosto ricavato da un'ampia casistica che consente, al giudice, di delineare, di volta in volta, lo *standard of care*: pur rifiutando, difatti, qualsiasi ipotesi di *statutory negligence*, la ricerca dello standard deve comunque basarsi su elementi oggettivi che si richiamano all'*imago* del *reasonable man*, trasposizione assai fedele del *bonus pater familias* della tradizione romana⁷⁵. Infine, vanno rammentati due ulteriori aspetti: *in primis* che il *law of damages* si applica tanto alla responsabilità contrattuale quanto a quella extra-contrattuale, determinando così una minore complessità per ciò che concerne la qualificazione della *liability*, ma anche l'attribuzione di una eccessiva discrezionalità

⁷¹ “L'intera responsabilità civile originaria del common law - spiega attentamente Giovanni Comandè - è caratterizzata dall'intenzionalità della condotta; e la sua azione principale, il trespass, è caratterizzata dalla volontarietà e dalla fisicità (*vi et armis*) della condotta e della lesione ad essa riconducibile” (cfr. G. Comandè, *Le linee di confine tra danno patrimoniale e non patrimoniale nella evoluzione del modello di common law*, in L. Vacca (a cura), *op. cit.*, p. 271).

⁷² V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, p. 346.

⁷³ *Ivi*, p. 347.

⁷⁴ Come ci ricorda ancora Francesco Di Ciommo “nel diritto inglese le resistenze all'affermazione di ipotesi di responsabilità oggettività furono particolarmente forti, e ciò sebbene, proprio in Gran Bretagna, le ricadute della rivoluzione industriale fossero, già intorno alla metà dell'Ottocento, significative” (cfr. F. Di Ciommo, *op. cit.*, p. 125).

⁷⁵ V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, pp. 348-349.

ta nelle mani del giudice in merito all'individuazione della *foreseeability*, indispensabile per dimostrare l'esistenza e la congruità del danno⁷⁶.

Negli Stati Uniti, invece, la normativa sulla responsabilità ricalca per grandi linee la disciplina del *common law* britannico, ma si differenzia da essa in alcuni elementi-chiave. In sostanza, il *tort of negligence* presenta una più vasta articolazione: da un lato, l'onere della prova ricade sul danneggiato ad eccezione dei casi in cui sussiste il principio della *res ipsa loquitur*; dall'altro, l'attività giudiziaria, nella fase di verifica del *duty of care*, è caratterizzata da un più ampio ricorso alle fonti legislative e non si focalizza in prevalenza sulla sola casistica⁷⁷.

Nell'insieme, rispetto alla qualificazione del danno, ciò che nel complesso colpisce è il fatto che nel *common law* la distinzione tra *pecuniary loss* e *non pecuniary loss*, ossia tra danno patrimoniale e non-patrimoniale, non costituisce un elemento centrale né nell'elaborazione dottrina né nella prassi giurisprudenziale⁷⁸. Molto più rilevanti, invece, sono l'individuazione concreta dei casi di risarcibilità del danno. Perciò appare più significativa un'altra dicotomia concettuale, ossia quella tra *pure economic loss* e *non economic loss*⁷⁹: il primo, infatti, risulta risarcibile solo se sussistono la violazione di un interesse privato e l'intenzionalità della condotta (che deve configurarsi come un atto contro la morale o contro il *public policy*)⁸⁰; il secondo, viceversa, superati i rigidi dettami della *unconsciousness doctrine* che impediva qualsiasi forma di risarcimento, ha trovato sempre più agevole e più frequente riconoscimento⁸¹. Motivo per cui è corretto osservare che nelle dinamiche del *common law* si è compiuto quell'affrancamento pieno del risarcimento, patrimoniale e non-patrimoniale, dalla materialità del danno⁸².

⁷⁶ Ivi, pp. 350-351. La problematica, però, più stringente, in tema di *duty of care*, è rappresentata, come osserva Giovanni Comandè, dall'ampia discrezionalità rimessa nelle mani del giudice riguardo a questioni molto delicate, come ad esempio la valutazione della prevedibilità degli effetti prodotti da parte del danneggiante; sul punto cfr. G. Comandè, *op. cit.*, p. 277.

⁷⁷ V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, p. 352.

⁷⁸ Come ben spiega Castronovo, nel *common law* la questione della qualificazione del danno "è originariamente assente perché la tipicità degli illeciti che caratterizza questi ordinamenti rende priva di senso una questione circa le caratteristiche del danno in generale" (cfr. C. Castronovo, *op. cit.*, p. 337). Pertanto, si può concludere che "in materia di danno si passa dalla perdita patrimoniale pura e semplice che può dirsi caratteristica del common law ma pure del diritto francese, a ordinamenti come quello tedesco e quello italiano, nei quali il danno diventa rilevante attraverso un processo di giuridicizzazione che lo avvicina sempre più ad una concezione normativa nella sua primitiva accezione" (cfr. ivi, p. 338). Sul punto pure cfr. G. Comandè, *op. cit.*, p. 273.

⁷⁹ "Tradizionalmente - scrive in sintesi Comandè - il danno non economico è quel danno che non può essere misurato in termini di denaro" (cfr. G. Comandè, *op. cit.*, p. 270).

⁸⁰ Ivi, pp. 275-277.

⁸¹ Ivi, p. 277.

⁸² Ivi, p. 278.

IL CASO DEI *PUNITIVE DAMAGES*

Un ultimo aspetto da registrare concerne il fatto che, con l'affermazione di una responsabilità civile del tutto autonoma e completamente epurata dagli ultimi residui penalistici, si è fortemente ridotta – se non quasi del tutto svuotata – la funzione del danno nella sua prerogativa sanzionatoria, in particolare nella cultura giuridica continentale. Questa rigida segnatura non trova, infatti, un correlativo riscontro nelle fonti del *common law*, nell'ambito delle quali i *punitive damages* sono assolutamente previsti e scrupolosamente regolamentati. Proprio questo tema, in virtù del recente interesse di giuristi e corti nei sistemi di *civil law* europei, merita un'ultima riflessione.

La figura dei danni punitivi è presente nel *common law* inglese già nel XIII secolo, nello *Statute of Gloucester* del 1278 in cui viene contemplato il *treble damages for waste*⁸³. Ma è nel XVIII secolo che, sotto l'etichetta dell'*exemplary damage* coniata nel caso *Wilkes v. Wood*, si riconosce una duplice funzione, satisfattiva e punitiva, al risarcimento del danno per una serie di casi più significativi⁸⁴. Nel secolo successivo, poi, si realizza una più completa sistematizzazione e si inquadrano in maniera tassativa le fattispecie ammesse: le azioni arbitrarie, oppressive e incostituzionali dei funzionari pubblici; il profitto superiore al danno; le ulteriori specifiche previsioni normative⁸⁵. A riguardo il caso-guida è *Rooks v. Barnard* che la giurisprudenza successiva, pur confermando la sua assoluta legittimità, tenderà ad interpretare in modo particolarmente restrittivo⁸⁶. Negli Stati Uniti le prime tracce risalgono al Settecento e, anche qui, una prima sistematizzazione avviene solo nel XIX secolo. Non va, del resto, dimenticato che, proprio in questa fase storica, tanto nel Regno Unito quanto negli Stati Uniti, la rivoluzione industriale fa sorgere interessi economici non automaticamente legati alla tutela della proprietà e, dunque, difficilmente rivendicabili in sede giudiziaria attraverso i tradizionali rimedi previsti dall'ordinamento civile⁸⁷. Nella giurisprudenza americana, però, si afferma un atteggiamento opposto da quello anglosassone, ossia si estende, in maniera talvolta eccessiva, il ricorso ai *punitive damages* per un numero crescente ed eterogeneo di situazioni⁸⁸. Da qui, l'intervento della *Supreme Court* che ha circoscritto drasti-

⁸³ C. Costantini, *Per una genealogia dei punitive damages: Dislocazioni sistema logiche e funzioni della responsabilità civile*, in D. Barbierato (a cura), *Il risarcimento del danno e le sue "funzioni"*, Napoli 2012, p. 289.

⁸⁴ Ivi, p. 289.

⁸⁵ Ivi, p. 290.

⁸⁶ Ivi, pp. 291-293.

⁸⁷ In altre parole, come rileva ancora Comandè, all'attenzione dei giuristi vengono poste situazioni che non sono direttamente riconducibili "*to person, to land o to things*", ovvero "le tre occasioni in cui era azionabile originariamente il *trespass*" (cfr. G. Comandè, *op. cit.*, p. 273).

⁸⁸ "La maggiore fortuna dell'istituto in terra nordamericana – osserva Cristina Costantini – rispetto alle archetipiche declinazioni inglesi, parrebbe risiedere nella particolare considerazione

camente il campo di applicazione, richiamando alcune fondamentali garanzie costituzionali: il V Emendamento in ossequio al principio del *ne bis in idem*, l'VIII e il XIV contro l'*excessive fines clause* e nel rispetto dei cardini del *due process of law*.

La 'costituzionalizzazione' dei *punitive damages* ha, però, incontrato delle fortissime resistenze da vari e opposti versanti. Sorprendentemente, seppur per ragioni assai differenti, si è registrata una pesante critica sia da parte dei giuristi di visione ultra conservatrice, come Antonin Scalia – che rigettava la possibilità di limitazioni, a livello di corte federale, alla definizione del contenzioso civile – sia da parte degli spiriti più progressisti, come Guido Calabresi, il quale, spingendo per una trasformazione della prassi del danno punitivo in una forma di *social compensation*, individua i diversi profili attorno ai quali tale passaggio può concretamente realizzarsi⁸⁹.

Nei sistemi europei di *civil law* i danni punitivi stentano ad ottenere ammissibilità e riconoscimento. Concentrandoci sul solo contesto italiano, possiamo osservare che, mentre in dottrina emergono posizioni contrastanti, la Cassazione dapprima ha considerato contraria all'ordine pubblico qualsiasi forma di *punitive damages*, negando anche la possibilità di ricezione di sentenze straniere che li contemplavano e li quantificavano, successivamente ha ammesso, in astratto, la loro compatibilità con l'ordinamento italiano, previa però un'intermediazione legislativa, attribuendo così ad essi un carattere eccezionale rispetto alla fattispecie generale desumibile dall'art. 2043⁹⁰. Anche in questo caso il richiamo alla 'legge' è, secondo alcuni studiosi, comprensivo del dettato costituzionale e, pertanto, ciò condurrebbe alla possibilità di riconoscimento e legittimazione dei danni punitivi nei

dell'elemento soggettivo dell'illecito oltre che nell'importanza attribuita in sede processuale" (cfr. C. Costantini, *op. cit.*, pp. 294-295).

⁸⁹Antonin Scalia fu, nel 1996, *dissenting judge* nel caso *BMW vs Gore*, primo caso in cui la Suprema Corte dichiarò incostituzionali i *punitive damages* in violazione del principio del *due process clause*. Egli così si esprime: "I set forth my view that a state trial procedure that commits the decision whether to impose punitive damages, and the amount, to the discretion of the jury, subject to some judicial review for "reasonableness," furnishes a defendant with all the process that is "due" (cfr. *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. [1996], p. 598). Di Calabresi cfr. G. Calabresi, *The complexity of torts. The case of punitive damages*, in M. Stuart Madden (a cura), *Exploring Tort Law*, New York 2005, pp. 333-351, ora anche in *Il diritto civile tra diritto e regole, II. Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano 2008, pp. 327-347. In questo scritto, il giurista americano considera i *punitive damages* di primaria importanza perché in grado di assolvere alle seguenti esigenze: utilizzare l'azione dell'attore civile come pubblica accusa per anti-trust, sommare in un determinato caso tutti i danni prodotti della medesima specie ed entità anche ad altri soggetti, risolvere i casi che hanno per oggetto *tragic choices*, costituire uno strumento di risarcimento generale estendibile anche a fattispecie non ancora riconosciute o tipizzate, svolgere una funzione eminentemente punitiva. Per una lettura sintetica delle due visioni cfr. F.D. Busnelli, *op. cit.*, pp. 290-292; per una critica alla posizione di Calabresi cfr. C. Castronovo, *Sentieri*, cit., pp. 374-375.

⁹⁰ Cfr. Cass. Civ. S.U. 5 luglio 2017, n. 16601.

casi in cui essi risultino rivolti alla protezione di diritti costituzionalmente garantiti⁹¹.

In generale, sebbene la discussione sui *punitive damages* si intrecci inevitabilmente con il tema della polifunzionalità della responsabilità aquiliana⁹², un ostacolo difficilmente valicabile è costituito dal fatto che il loro utilizzo determina, nel contempo, una sproporzione tra il danno ricevuto e quello liquidato rispetto a colui che ricorre in giudizio generando, in concreto, un arricchimento senza causa che soddisfa probabilmente le finalità sanzionatorie nei confronti del danneggiante, ma non fornisce alcun vantaggio o ristoro nei confronti degli altri soggetti danneggiati. In questa ottica, una soluzione ibrida in grado, forse, di equilibrare tutte le posizioni in campo è stata elaborata, in Francia, nel *Projet de réforme de la responsabilité civile* del 2017, all'interno del quale viene introdotta la figura dell'*amende civile*⁹³. Questa, proporzionata alla gravità della colpa, alla capacità contributiva del danneggiante e al profitto ricavato, si applicherebbe a chiunque cagioni un danno ad altri attraverso un comportamento intenzionalmente lucrativo; tuttavia, essa non andrebbe conferita ai singoli privati, bensì ad un *fonds d'indemnisation en lieu avec la nature du dommage subi* o, in alternativa, a vantaggio del *trésor public*⁹⁴.

⁹¹ Su questa linea cfr. A. Malomo, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli 2017, pp. 121-123; A. Lasso, *op. cit.*, p. 268.

⁹² M. Grondona, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui risarcimenti punitivi*, Napoli 2017, p. 111.

⁹³ Nell'ultima versione l'art. 1266-1 così recita: "en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie [faute lucrative], le juge peut le condamner [...] au paiement d'une amende civile". Sul punto cfr. J. Prorok, *L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile. Regard critique sur la consécration d'une fonction punitive générale*, in *Revue trimestrielle de droit civile*, 2018, p. 327 e ss.

⁹⁴ A. Lasso, *op. cit.*, p. 44.