

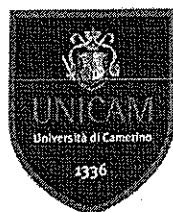
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN
LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

LA CODIFICAZIONE NELL'ITALIA
POSTUNITARIA
1865 – 2015

*Atti del workshop
Camerino, 29 ottobre 2015*

*a cura di
Rocco Favale e Carlotta Latini*



CAMERINO

2016

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Prof. Ignacio De Cuevillas Matozzi, Prof. Manuel Ignacio Feliu Rey, Prof. Luigi Ferrajoli, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Fabian Klinck, Prof. Rolf Knütel, Prof. Luigi Labruna, Prof. Franco Modugno, Prof. Pietro Perlingieri, Prof. Ingo Reichard

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Antonio Flamini

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Marta Cerioni

SEGRETERIA

Dott. Gian Marco Quacquarelli
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Camerino
Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19
I - 62032 Camerino (MC)
e-mail: redazione.afg@unicam.it

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

ISBN: 9788867680276

Copyright. Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino, febbraio 2016.

INDICE

Rocco Favale e Carlotta Latini	
<i>Introduzione</i>	3
 Antonio Flamini	
<i>Dei delitti e dei quasi-delitti</i>	5
 Carlotta Latini	
<i>Dei progressi del diritto civile in Italia. Una causa celebre sui versi di Giovanni Pascoli e l'emersione del diritto d'autore</i>	15
 Rocco Favale	
<i>Le forme negoziali nella codificazione civile post-unitaria</i>	33
 Lucia Ruggeri	
<i>L'irrevocabilità della transazione tra codice del 1865 e ordinamento attuale</i>	55
 Luca Petrelli	
<i>L'agricoltura quale esercizio diretto o indiretto del diritto di proprietà o di altri diritti reali nel codice civile del 1865</i>	63
 Felice Mercogliano	
<i>Criterio della 'diligentia quam in suis' e codici moderni</i>	73
 Serafina Larocca	
<i>L'azione surrogatoria</i>	89

ANTONIO FLAMINI

Dei delitti e dei quasi-delitti

La complessità dell'ordinamento ed i mutamenti della scienza giuridica sono legati alla società ed alla sua storia, sì che per comprendere l'ordinamento attuale non si può non guardare a ciò che è stato in passato ed ai suoi stretti legami con la società, l'economia, la politica. Questo sembra essere il metodo corretto per lo studio del diritto e quindi anche della responsabilità da fatto illecito, che ha i prodromi remoti nel diritto romano e quelli recenti nella codificazione post unitaria, che a sua volta ricalca sia la struttura che la matrice ideologica del Code Napoléon, ispirato ai valori del liberalismo economico e dell'individualismo borghese.

Anche dalla topografia del codice civile del 1865, totalmente diversa da quella del codice civile del 1942, si evince quanto siano diversi l'impianto logico-sistematico e la filosofia dei due codici. Per l'art. 1097 del cod. civ. 1865 le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto. La norma fa parte del Libro Terzo, intitolato «Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose», che disciplina l'occupazione, le successioni, le donazioni, le obbligazioni ed i contratti. Al centro del codice - un codice borghese, ancora votato alla protezione della proprietà¹ - è posta la proprietà privata, in particolare la proprietà immobiliare terriera, che costituisce l'istituto fondamentale dell'ordinamento. Così, la famiglia è lo strumento attraverso il quale si fa sopravvivere e si potenzia la proprietà privata, al punto che nel disciplinare il contratto di matrimonio si prevede che la società coniugale relativamente ai beni è regolata dalle convenzioni delle parti e dalla legge (art. 1378) e che gli sposi non possono fare alcuna convenzione o rinuncia per mutare l'ordine legale delle successioni (art. 1380), i contratti sono modi di acquisto della proprietà, le successioni per causa di morte sono funzionalizzate alla persi-

¹G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, p. 56 ss., il quale sottolinea che in Italia alla fine dell'Ottocento, compiuta la sistemazione interpretativa delle regole copiate dal Code Napoléon, si registrano i segni della crisi perché le poche regole di tenore generale non riescono a far fronte alle esigenze di una società in forte espansione economica, grazie all'industrializzazione, e scossa da acuti contrasti sociali, per cui ai giuristi si chiede di andare al di là della lettera del codice per renderne elastico il dettato.

stenza ed all'incremento della proprietà privata terriera². Nel libro che regolamenta questi istituti, tutti volti a tutelare la proprietà, sono disciplinati anche i fatti illeciti che poco hanno a che vedere con la proprietà, se non per il fatto che il danno costituisce una diminuzione del patrimonio e quindi un attentato alla proprietà del danneggiato, tanto da considerare principio fondamentale che il risarcimento del danno deve essere diretto alla restituzione del patrimonio diminuito dall'ingiuria³.

Tuttavia la terminologia «fatti illeciti» è estranea al codice: la sezione che detta le norme sulla responsabilità da fatto illecito è intitolata «Dei delitti e dei quasi-delitti» e chiude il capo relativo alle obbligazioni; essa è composta di sei articoli e soltanto nell'ultimo, l'art. 1156, compaiono i termini delitto e quasi-delitto, prevedendo che se il delitto o il quasi-delitto è imputabile a più persone, queste sono tenute in solido al risarcimento del danno cagionato.

L'art. 1151 cod. civ. 1865, traduzione dell'art. 1382 Code Napoléon⁴, è la clausola di responsabilità che così recita: «Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno», poi l'art. 1152 dispone che si è responsabili non soltanto per fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza. Il successivo articolo prevede che ciascuno è obbligato non solo per il danno cagionato da fatto proprio, ma anche per quello arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere o con le cose che ha in custodia e che i genitori, i tutori, i padroni e committenti, i precettori e artigiani sono obbligati per i danni cagionati dai figli, dagli amministrati, dai domestici e commessi, dagli allievi ed apprendenti, a meno che non provino di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili. Gli artt. 1154 e 1155 disciplinano la responsabilità del proprietario di animale e del proprietario di edificio per i danni cagionati dall'animale o dalla rovina di edificio.

I termini delitto e quasi-delitto compaiono anche nell'art. 1306 cod. civ. 1865, per il quale «Il minore è pareggiato al maggiore di età per le obbligazioni nascenti da delitto o quasi-delitto», ma «siccome la dizione è sempre usata, senza che mai il legislatore faccia in-

² P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino, 1975, p. 11.

³ In questi termini proposita Cass. Roma, 19.5.1911, in *Giur. it.*, I, 1, c. 840.

⁴ La prima codificazione unitaria è una imitazione spesso servile del modello napoleonico: cfr. P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Napoli, 2012, p. 17 s, il quale spiega il fenomeno in quanto quel codice soddisfaceva l'aspirazione della borghesia di consolidare nelle sue mani la proprietà e particolarmente la proprietà immobiliare e della terra, bene per eccellenza e fonte di un reddito sicuro.

tendere a quali casi l'uno e l'altro dei termini di essa corrispondano, così grande è in proposito il disputare che fanno gli interpreti»⁵.

Le disposizioni in questione costituiscono una fedele riproduzione di quelle corrispondenti del Code Napoléon i cui compilatori, nella redazione degli artt. 1382 e 1383, si ispirarono ad un passaggio delle *Lois civiles* di Domat nel quale si delinea la netta distinzione tra responsabilità penale e responsabilità civile e si espone la tesi che fonda il principio generale della colpa come criterio di imputazione della responsabilità civile⁶. Il sistema della responsabilità per colpa era il solo accettabile dalla società del tempo perché era l'unico che potesse accordarsi con la tradizione romanistica che, nonostante l'elaborazione del concetto di risarcimento, non si era mai liberata dall'impronta punitiva, col risultato di fondere e confondere la pena con il risarcimento, sì che l'illecito veniva codificato come «delitto», che non poteva essere configurato senza l'elemento soggettivo della colpevolezza di chi cagiona il danno

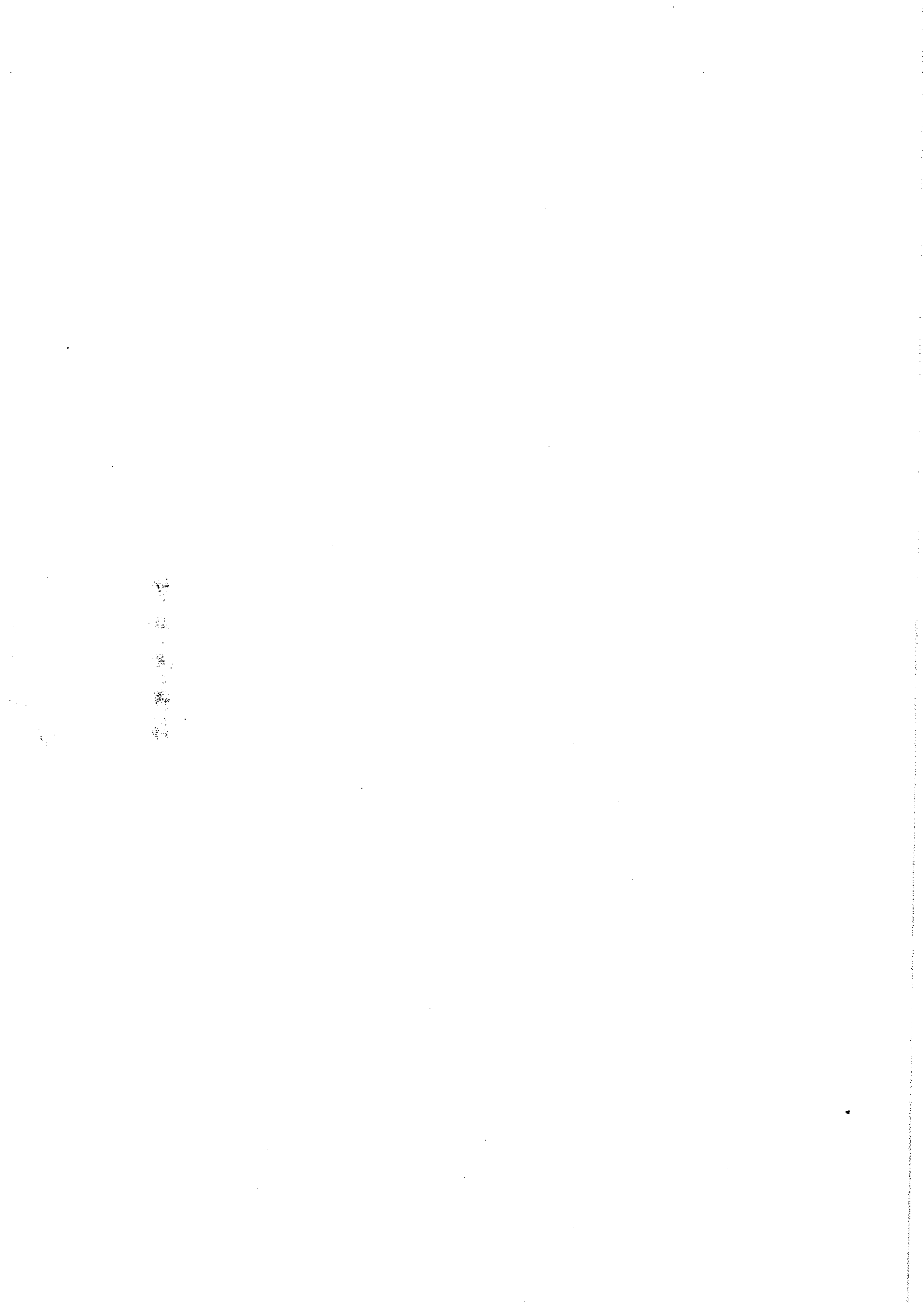
Quando si dice che è necessario l'elemento soggettivo della colpevolezza significa che l'autore deve aver commesso l'illecito per dolo o colpa, dato che l'illecito può non essere intenzionale e quindi doloso, ma semplicemente colposo; anche l'illecito colposo comunque è rilevante per fondare una responsabilità non penale, ma esclusivamente civile per la riparazione dei danni. L'espressione quasi-delitto, mutuata dalle fonti giustiniane e ripresa da Domat, rappresenta il supporto concettuale del principio generale dell'art. 1382 Code Napoléon di una responsabilità civile fondata su una nozione molto ampia di colpa che non si risolve soltanto nella violazione di una legge scritta, ma può consistere in qualunque fatto che offende principi di equità, onestà e buon costume. La colpa civile distinta da quella penale è riportata nell'alveo dei principi morali, ma mentre la responsabilità penale deriva soltanto dall'infrazione di una specifica disposizione di legge (*nulla poena sine lege*), la responsabilità civile può essere determinata da una qualunque colpa⁷.

I compilatori del Code Napoléon utilizzarono anche le opere di un altro grande giurista francese Robert Joseph Pothier che definisce delitto il fatto per il quale una persona per dolo o intenzione di nuocere causa un danno o un torto a un altro e quasi-delitto il fatto per il quale una persona, senza intenzione di nuocere ma per una imprudenza inescusabile, commette un torto in danno di altri. Pertanto la distinzione è fatta risiedere nell'elemento

⁵ Così, C. FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, in *Digesto it.*, IX, I, 1887-1898, p. 742; ID., *Illecito*, in *Nov. Digesto it.*, VI, 1938, p. 669.

⁶ G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, 2009, p. 47 s.; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, p. 78 ss.

⁷ G. VISINTINI, *o.c.*, p. 49 s.



soggettivo: il delitto è il fatto o l'omissione dolosa, il quasi-delitto il fatto o l'omissione colposa.

Nella interpretazione delle norme del codice del 1865 relative all'illecito extracontrattuale⁸ la nozione di fatto comprende anche il negativo, cioè le omissioni e il sistema della responsabilità per le omissioni è caratterizzato da una duplice tipicità: tipicità delle fonti di obbligazione, perché l'omissione è rilevante solo se sanzionata da una legge e il comportamento positivo sia richiesto da una norma giuridica, e tipicità degli interessi protetti, perché il danno deve essere *contra ius*, cioè di un diritto esplicitamente tutelato dall'ordinamento⁹. Poi con riguardo al danno, si osserva che la legge non accenna neppure alla persona lesa; essa non si preoccupa che del danno ed è solo in considerazione di questo che ne ordina il risarcimento. Riprendendo l'insegnamento dei giuristi francesi si afferma che un fatto dannoso costituisce un delitto civile quando sia illecito e sia imputabile al suo autore, che abbia agito scientemente e nella intenzione di nuocere ad altri¹⁰.

Se la maggioranza dei giuristi, anche italiani, ha aderito alla distinzione tra delitto e quasi-delitto fondata sull'elemento soggettivo – il delitto è il fatto o l'omissione dolosa, il quasi-delitto è il fatto o l'omissione colposa – altri non l'hanno accolta ed hanno affermato che il delitto si ha quando si risponde del proprio operato (artt. 1151 e 1152), mentre il quasi-delitto è configurabile quando si risponde del danno avvenuto per colpa altrui, o delle perdite arrecate da animali o da cose inanimate (artt. 1153-1155)¹¹.

Il concetto di quasi-delitto, che dalla legislazione giustiniana e dal diritto comune è stato recepito nei codici di tipo francese e quindi nel codice civile italiano del 1865, ha fatto molto discutere essendo controverso il criterio di distinzione tra delitto e quasi-delitto. Tuttavia la discussione relativa alla distinzione risulta di poca rilevanza dato che dal delitto e dal quasi-delitto deriva la stessa responsabilità. Già pochi anni prima della emanazione del co-

⁸ La bibliografia sul tema è molto ampia: a titolo esemplificativo, cfr. G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, I e II, Torino, 1886 e 1887; G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia dei delitti e quasi delitti*, Torino, 1908; F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 744 ss.; G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Opere giuridiche*, I, 1, Roma, 1919; O. CONDORELLI, *La responsabilità senza colpa*, Catania, 1924.

⁹ G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, I, cit., p. 48, precisa che in materia extracontrattuale qualunque offesa al diritto altrui fa nascere rispetto all'agente l'obbligo di risponderne.

¹⁰ Così G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, cit., p. 55 ss. e 66 ss., con ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza. Tuttavia in proposito afferma T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Napoli, 1927, p. 27, che non è necessario perché sussista il delitto civile un malvagio proposito: basta la volontà di porre in essere il fatto con la consapevolezza che ad altri ne venga lesione di diritto; né perché sussista il quasi delitto è necessaria una *culpa lata*, ma una negligenza tale che si traduca nel non intendere quello che tutti intendono: basta, perché ricorra responsabilità che non si sia previsto quello che un uomo accurato avrebbe preveduto, quello che quantunque non si verifici abitualmente talora accade.

¹¹ Cfr. la critica a questa opinione di C. FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 742.

dice civile del 1942 si afferma che è da approvare la tendenza legislativa e dottrinale più recente, che vuol liberarsi di queste artificiose figure e del termine "delitto" per esprimere l'atto illecito doloso anche nel campo civile. Sia il termine "delitto" per indicare il torto civile, sia l'espressione "quasi delitto", ricalcata su quel termine, ci riportano a un'età, in cui il diritto penale rientrava anche nel campo del diritto privato; e nell'età presente tanto diversa, in una legislazione in cui non trova più posto e ragione il diritto penale privato, sono sopravvivenze infelici¹².

In effetti il codice vigente ha abbandonato questa terminologia¹³: nell'art. 2043 la colpa costituisce, insieme al dolo, l'elemento soggettivo dell'illecito, il cui elemento oggettivo è costituito dalla lesione di un interesse altrui, espresso nella formula «danno ingiusto». La disposizione di apertura del titolo dedicato ai fatti illeciti, ultimo del Libro IV che disciplina le obbligazioni, prevede che l'autore del fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto è obbligato al risarcimento del danno. Così secondo la tradizione la colpevolezza costituisce uno dei criteri di imputazione della responsabilità, unitamente ai criteri di imputazione oggettiva, prevista nelle c.d. responsabilità speciali in considerazione della posizione ricoperta dal soggetto che ha la possibilità di dare la prova contraria per evitare di essere dichiarato responsabile; vi sono, poi, ipotesi eccezionali di responsabilità oggettiva nella quali non è ammessa la prova contraria. La lesione dell'altrui sfera giuridica, espressa nella formula «danno ingiusto», costituisce una novità introdotta nell'art. 2043, come spiegato nella Relazione del Guardasigilli (n. 267): «Perché il fatto doloso o colposo sia fonte di responsabilità occorre che esso produca un danno ingiusto. Si precisa così, conferendo maggiore chiarezza alla norma dell'art. 1151 cod. civ. del 1865, che la *culpa* e la *iniuria* sono concetti distinti; quindi si esige che il fatto o l'omissione, per essere fonte di responsabilità debba essere doloso o colposo e debba, inoltre, essere compiuto mediante la lesione dell'altrui sfera giuridica».

Ma, nonostante questo nuovo assetto, soltanto alla fine degli anni sessanta del novecento i giuristi hanno iniziato ad abbandonare l'idea che l'illecito dovesse essere inteso come violazione di norme e che la responsabilità civile avesse esclusivamente una funzione preventiva e sanzionatoria, come era nella tradizione, per aggiungere a questa quella risarci-

¹² Testualmente, E. ALBERTARIO, *Quasi delitto*, in *Enciclopedia italiana Treccani*, 1935, p. 2.

¹³ In proposito v. il n. 556 della Relazione al Re secondo cui «Non si è considerata la duplice figura dei quasi contratti e quella dei quasi delitti, che non hanno mai potuto giustificarsi né dal lato tradizionale essendo ignota al diritto romano classico, né dal lato sostanziale essendo priva di un contenuto determinato».

toria, che costituisce la funzione primaria dell'istituto¹⁴. Se oltre a questo si considera che con il passare del tempo l'area del danno risarcibile si è andata ampliando dai diritti soggettivi fino a ricomprendere le aspettative e l'interesse legittimo, risultano evidenti le novità introdotte dal codice del 1942 rispetto al codice del 1865. Dopo un lungo e talvolta frastagliato percorso, la dottrina civilistica e la giurisprudenza sono giunte ad un punto fermo: la norma dell'art. 2043 integra una clausola generale di responsabilità che rinvia all'opera dei giudici la individuazione in concreto della casistica di riferimento del precetto e, quindi, la valutazione e la selezione degli interessi meritevoli di tutela¹⁵.

Ma questo percorso ermeneutico, che ha disancorato il giudizio di responsabilità dalla verifica della lesione di un diritto soggettivo, è stato reso possibile dalla rilettura dell'intero ordinamento alla luce della Costituzione, legge delle leggi, fonte primaria e fondamentale con la quale devono essere coordinate tutte le altre norme dell'ordinamento¹⁶; anzi, la norma costituzionale è ragione primaria e giustificatrice dei rapporti personali e socio-economici, costituendo parte integrante della normativa nella quale essi sotto il profilo funzionale si sostanziano, sì che non è sempre e soltanto una semplice regola ermeneutica, ma anche norma di comportamento idonea ad incidere sulle relazioni tra situazioni soggettive funzionalizzandole ai valori costituzionali¹⁷.

Proprio perché l'art. 2043 c.c. costituisce una clausola generale, il termine di riferimento in base al quale definire se il danno è ingiusto e quindi meritevole di risarcimento è stato individuato nel principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 cost., sì che il requisito dell'ingiustizia collegato al principio di solidarietà fa della clausola generale una formula aperta, capace di abbracciare ogni fattispecie dannosa suscettibile di essere definita in base ad esso come fonte dell'obbligazione risarcitoria¹⁸.

¹⁴ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1967, p. 19; afferma C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, p.11, che nel passaggio dalla funzione sanzionatoria della responsabilità civile a quella riparatoria si esprime, ben più che una vicenda culturale di affinamento dei concetti giuridici, un mutamento complessivo del modo di intendere le funzioni della responsabilità.

¹⁵ G. VISINTINI, *o.c.*, p. 94 ed ivi indicazioni bibliografiche. Sul tema v. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 21, dove si precisa che la clausola generale delega al giudice la responsabilità di compiere le scelte economico-politiche che egli considera conformi ai valori giuridici dell'ordinamento vigente e che il controllo delle decisioni giudiziali è rimesso alla dottrina dell'interpretazione, che deve assicurarne la ragionevolezza: in un ordinamento democratico e costituzionale la vaghezza contenuta nella clausola generale è superata con il rinvio al complesso di principi che fondano l'ordinamento giuridico, unica garanzia di pluralismo e democraticità.

¹⁶ Metodo indicato da P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, c. 209 ss.,

¹⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 553 ss.

¹⁸ Cfr., anche per riferimenti alla dottrina, A. FLAMINI, *Responsabilità civile e Costituzione*, in *Annali della Facoltà giuridica*, Nuova serie, II, 2013, p. 15 ss.

Così, mentre l'illecito penale, cioè il reato, è tipico, l'illecito civile è caratterizzato dalla atipicità, dato che si verifica ogni volta che un soggetto provoca la lesione di una altrui situazione giuridica soggettiva rilevante per l'ordinamento, che cioè l'ordinamento riconosce meritevole di tutela in base ai principi ed ai valori sui quali esso riposa, per cui non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela. Per questa ragione non può essere condivisa la c.d. interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., elaborata dalla giurisprudenza¹⁹ anche costituzionale²⁰, per la quale la norma avrebbe una funzione tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale, tesa a ricomprendere nella sua previsione ogni danno di natura non patrimoniale derivante dalla lesione di valori inerenti alla persona. Secondo questa interpretazione, fondata sulla bipolarità del sistema risarcitorio, l'ingiustizia dell'art. 2043 sarebbe improntata ad un criterio di atipicità, riferito alla lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante, a fronte del danno patrimoniale, e di tipicità, ricorrente «solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona», per quello non patrimoniale²¹. Per questa impostazione il risarcimento della lesione di un interesse o di un valore di rilievo costituzionale non suscettibile di valutazione economica dovrebbe passare attraverso la mediazione di una norma ordinaria, l'art. 2059 c.c., quando ai fini della riparazione è necessario soltanto verificare se il danno è ingiusto a norma dell'art. 2043 c.c.: va invece riaffermata l'atipicità dell'illecito perché sia il danno patrimoniale che quello non patrimoniale, quando lede una situazione soggettiva rilevante per l'ordinamento, è ingiusto ed il conseguente illecito è atipico. Danno ingiusto è qualsiasi danno prodotto dalla lesione tanto di un interesse patrimoniale protetto dall'ordinamento quanto di interessi esistenziali protetti a livello costituzionale quali la vita, la salute, la dignità umana. Il danno ingiusto può essere patrimoniale o non patrimoniale o ambedue insieme, secondo che la lesione sia relativa ad un interesse patrimoniale o ad un interesse non patrimoniale o ad un interesse patrimoniale e ad un interesse non patrimoniale insieme. Pertanto le fattispecie di danni ingiusti, sia patrimoniali che non patrimoniali in quanto lesioni di interessi sia patrimoniali che non patrimoniali, vanno tutte ricondotte all'art. 2043

¹⁹ Cass., 31.5.2003, n. 8827, in *Danno e resp.*, 2003, p. 219 ss.; Cass., 31.5.2003, n. 8828, in *Dir. e giust.* 2003, p. 24 ss. Su questa linea anche le cc.dd. sentenze di San Martino Cass., Sez. un., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Foro. it.*, 2009, I, c. 120 ss. con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, R. SIMONE, G. PONZANELLI, E. NAVARRETTA.

²⁰ Corte Cost., 11.7.2003, n. 233, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 769 ss., con nota di P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince.*

²¹ Cfr. P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, in *Quaderni di responsabilità civile e previdenza*, Milano, 2011, p. 186 s.

c.c. e non all'art. 2059 c.c. la cui applicabilità andrebbe riferita al danno morale soggettivo. Così la norma torna alle origini e il danno morale soggettivo accentua il carattere di sanzione civile indiretta e, partecipando della funzione di tutte le sanzioni civili indirette, nulla ha in comune con il risarcimento del danno, che ha la funzione di ripristinare una certa situazione soggettiva patrimoniale diminuita o di ristorare la vittima per il disagio provato dalla vittima a seguito dell'illecito²².

Le differenze tra il codice del 1865 e quello del 1942 sono sostanziali e significative anche in tema di fatti illeciti.

Il codice civile del 1865 era incentrato sull'istituto della proprietà e «i beni su cui si fermava l'attenzione del vecchio legislatore erano le cose del mondo fisico che l'uomo poteva materialmente controllare e dominare», al punto che anche il godimento delle energie lavorative del dipendente veniva allineato sullo stesso piano del godimento di beni come una casa di abitazione, un fondo rustico, un animale o una macchina: nessun rilievo aveva la situazione in cui risultano implicate la libertà e la personalità dell'individuo che lavora²³ e, quindi, più in generale della persona. L'aver incentrato il codice sulla proprietà ha avuto come conseguenza che inizialmente il sistema poteva lasciare poco spazio alla colpa, dato che la lesione della proprietà era un illecito *in re ipsa* e non richiedeva la dimostrazione della colpa per ottenere il risarcimento del danno, mentre soltanto con l'industrializzazione la colpa ha assunto un ruolo selettivo dei comportamenti illeciti e quindi dei danni arrecati da chi svolge attività produttive²⁴. Ma ancora più evidente è la differenza rispetto al danno non patrimoniale, dato che, mancando nel codice del 1865 una disposizione per disciplinare questo tipo di danno, secondo l'orientamento prevalente il danno non patrimoniale non era risarcibile. Si riteneva che l'art. 1151 si riferisse solo al danno patrimoniale perché solo per esso era possibile il risarcimento mediante una prestazione pecuniaria, mentre non era concepibile per il danno non patrimoniale ritenendosi non suscettibile di valutazione economica. La nozione di danno era strettamente collegata alla «teoria della differenza» per cui si affermava che esso consisteva nella differenza tra l'entità del patrimonio dopo il verificarsi dell'evento lesivo e quell'entità che sarebbe stata se tale evento non si fosse prodotto²⁵.

²² A. FLAMINI, *Responsabilità civile e Costituzione*, in *Annali della Facoltà giuridica*, cit., p. 19 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

²³ P. RESCIGNO P., *Introduzione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Pietro Rescigno, *Premesse e disposizioni preliminari*, 1, Torino, 1982, p. 8 s.

²⁴ G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, cit., p. 64.

²⁵ Su tale problematica A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale* diretto da Salvatore Patti, a cura di Stefano Delle Monache, Torino, 2010, p. 116 ss. ed. ivi, indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

Sembra evidente che il concetto di danno secondo, l'interpretazione della maggior parte dei giuristi dell'epoca, era concepito solo ed esclusivamente come patrimoniale perché il sistema giuridico civilistico era imperniato sulla categoria dell'avere, alla quale era subordinata la categoria dell'essere. Anche se vi erano state voci che affermavano la risarcibilità del danno non patrimoniale²⁶, la concezione esclusivamente patrimonialistica del danno fu maggioritaria fino a quando iniziò ad entrare in crisi con l'emanazione del codice penale del 1930 che ha disposto all'art. 185 che il colpevole è obbligato al risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale cagionato. Il codice civile del 1942, che ha determinato la definitiva affrancazione della responsabilità civile da quella penale con la distinzione, anche ontologica tra illecito civile e reato, ha completato l'opera con la disciplina dettata dall'art. 2059 relativa al risarcimento del danno non patrimoniale.

Tuttavia l'idea che l'art. 2043 c.c. preveda esclusivamente il risarcimento del danno patrimoniale, come affermava la maggior parte dei giuristi relativamente all'art. 1151 codice civile del 1865, come si è già ricordato, non è ancora tramontata.

Seguendo un nuovo indirizzo della giurisprudenza di legittimità²⁷, la Corte costituzionale²⁸ ha affermato che il mutamento legislativo e giurisprudenziale ha fatto assumere all'art. 2059 c.c. una funzione non più sanzionatoria, ma soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale, sì che ha ritenuto ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. si identificherebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo. Secondo la Corte costituzionale è stato così ricondotto a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, in quanto va prospettata - nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale²⁹ - un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accerta-

²⁶ Tra gli altri, C. FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 797.

²⁷ Cass., 31.5.2003, n. 8827, in *Danno e resp.*, 2003, p. 219 ss.; Cass., 31.5.2003, n. 8828, in *Dir. e giust.* 2003, p. 24 ss.

²⁸ Corte cost., 11.7.2003, n. 233, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 769 ss., con nota di P. Perlingieri, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince.*

²⁹ Sulla bipolarità del sistema aquiliano, P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, in *Quaderni di responsabilità civile e previdenza*, Milano, 2011, p. 186 ss.

mento medico, tutelato dall'art. 32 cost.; sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona. Questo indirizzo giurisprudenziale, non soltanto ha tipizzato il danno non patrimoniale come conseguenza negativa non valutabile economicamente, ma ha ribadito il carattere patrimoniale del danno di cui all'art. 2043 c.c., come conseguenza negativa valutabile economicamente: ma la patrimonialità o non patrimonialità del danno non va rapportata alla sua valutabilità economica, perché qualsiasi danno è valutabile economicamente, ma alla patrimonialità o non patrimonialità dell'interesse leso. Per questa ragione è all'art. 2043 che si deve fare riferimento per il risarcimento sia dei danni che ledano situazioni patrimoniali sia di quelli che violino situazioni personali. L'ingiustizia del danno, perno della moderna responsabilità da fatto illecito, si colora di significato grazie alle norme costituzionali ed al principio di solidarietà che investe interamente la posizione dei soggetti in quanto membri della medesima comunità, che va assunto quale termine di riferimento nel giudizio di responsabilità, sì che il requisito dell'ingiustizia collegato al principio di solidarietà fa della clausola generale una formula aperta, capace di abbracciare ogni fattispecie dannosa suscettibile di essere definita in base ad esso come fonte dell'obbligazione risarcitoria. In proposito si deve sottolineare che, se l'ordinamento esige da tutti i consociati la realizzazione dei valori che sono a suo fondamento, dovendosi coordinare gli interessi dei privati con quelli dello Stato sociale, è anche necessario che la realizzazione di questi interessi non urti con situazioni giuridicamente rilevanti, poste da precise norme o da principi generali, le quali benché non tipizzate sono ugualmente meritevoli di tutela. Pertanto il principio di solidarietà, quale direttiva insita nell'esercizio di ogni situazione soggettiva, non soltanto non è una formula priva di contenuto, ma è necessario che l'agire dei soggetti sia sottoposto ad un continuo confronto per verificare se ad esso si è adeguato o se si è svolto in suo contrasto. La solidarietà va quindi assunta come parametro di confronto che nel giudizio di responsabilità agisce da limite interno alla situazione soggettiva del danneggiante ed è idoneo alla valutazione della rilevanza della situazione soggettiva che si lamenta essere stata lesa da un danno ingiusto: si deve quindi verificare se si tratta di una situazione giuridicamente rilevante secondo i principi dell'ordinamento³⁰ e se tale lesione costituisce una violazione del principio fondamentale della tutela della persona, in funzione del quale vanno interpretate ed applicate tutte le norme dell'ordinamento.

³⁰ Cfr. A. FLAMINI, *Responsabilità civile e Costituzione*, cit., p. 20 ss.