

SALVATORE MAZZAMUTO

Trattato del Diritto Privato

Volume VI

Le fonti delle obbligazioni diverse dal contratto

Tomo I

Mario Barcellona

La responsabilità civile



G. Giappichelli Editore

INTRODUZIONE

FUNZIONE E STRUTTURA
DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

SOMMARIO: 1. La funzione come espediente retorico e come circolarità virtuosa. – 2. Funzioni sistemiche del diritto e funzione giuridica della responsabilità civile: la *ratio sistemica* conservativa del dispositivo aquiliano e il circolo dei suoi rinvii e delle sue *rationes seconde*. – 3. La funzione giuridica della responsabilità e la struttura della fattispecie aquiliana: dall'«illecito» al «fatto dannoso».

1. *La funzione come espediente retorico e come circolarità virtuosa.*

A leggere dottrina e giurisprudenza si direbbe che, nel secolo appena trascorso, la responsabilità civile sia esplosa e che le sue funzioni si siano proporzionalmente moltiplicate.

Tutta la nuova complessità, che lo sviluppo economico e l'accresciuta integrazione sociale hanno accumulato a ridosso del sistema giuridico, è sembrato potesse trovare risposta nelle tutele aquiliane: dai problemi dell'ambiente a quelli della protezione della sfera personale rispetto alle aggressioni dei sistemi comunicativi, dai problemi del controllo sociale dell'impresa, dell'attività amministrativa e dello stesso esercizio della discrezionalità pubblica a quelli della conservazione della qualità individuale della vita e delle *chances* di inserimento sociale, ecc.

Il procedimento, che a questo scopo in dottrina e giurisprudenza si è di solito seguito – e che tuttora si suole seguire, – è stato, ed è, grossomodo, il seguente.

Per un verso, tutta la nuova complessità viene registrata come «nuovi bisogni sociali». Per un altro verso, sol che una qualche norma, anche assolutamente specifica (ad es.: la normativa in ordine agli *star-*

dards di inquinamento), possa in un qualche modo evocare qualcuno di tali nuovi bisogni, se ne dilata e oggettivizza l'ambito di riferimento, e cioè se ne designa l'oggetto nei termini di un *quid* che ne trascende la specifica fattispecie e che si presta ad essere annoverato nel «catalogo dei beni giuridici» (nell'es.: l'ambiente). Insignito il bisogno di codesta qualità di bene giuridico si pone, quindi, un interrogativo, che implica l'attribuzione ai singoli di tale bene e che sembrerebbe ormai divenuto irresistibile: perché non dovrebbe il pregiudizio ad un tale bene/bisogno trovare ristoro nel rimedio aquiliano?

Ebbene, la risposta a tale interrogativo si è fatta, e si fa, solitamente dipendere, in via diretta o indiretta, dal riconoscimento al rimedio aquiliano di una *funzione* che avvalori l'uso di tale rimedio per il soddisfacimento del bisogno deluso ed il ripristino del bene, in cui esso avrebbe preso corpo (nell'es.: la funzione di controllo sociale delle attività private).

Avviene così che alla «funzione sanzionatoria» dell'illecito, che la tradizione di un tempo soleva assegnare alla responsabilità civile, siano state aggiunte, via via, la «funzione preventiva», la «funzione compensativa», la «funzione reintegrativa», la «funzione di controllo sociale», la «funzione di amministrazione del rischio», la «funzione di riallocazione delle risorse», la «funzione di redistribuzione della ricchezza», ecc. Chi ha avuto la pazienza di tenerne la contabilità assicura che le funzioni di volta in volta assegnate alla responsabilità civile superino ormai la decina.

È chiaro che in un arsenale divenuto così vasto risulta abbastanza facile trovare una «ragione» che induca a sondare tutte le possibilità per dare assistenza giuridica a chi sia rimasto deluso in qualche sua aspettativa e che si rinvenga una qualche norma o un qualche principio che abbiano qualcosa a che fare con tale aspettativa e che possa farsi operare in corto-circuito con la funzione che tale ragione esprime. Ma è anche chiaro che questo, di escogitare sempre nuove funzioni della responsabilità al fine di agevolare un ingresso al rimedio aquiliano che quelle prima ad esso assegnate renderebbero problematico, non sembra proprio un buon metodo.

Codesta attenzione alla funzione potrebbe sembrare un'apertura della dogmatica giuridica ad approcci funzionalistici al diritto ed alla sua interpretazione. Ma in realtà, così concepita e messa in opera, rimane semplicemente un espediente retorico, e cioè la posizione di

una premessa del ragionamento nella quale sono stati previamente introdotti i presupposti delle conclusioni che ci si propone di raggiungere.

Un uso corretto della ragione funzionale, che pur nell'abito giuridico sarebbe imprescindibile, richiede, allora, chiarimenti e distinzioni.

In primo luogo, è necessario distinguere la *funzione giuridica* di un istituto dalla sua *efficacia sociale*.

È ovvio, ad es., che la consapevolezza di poter essere chiamato a rispondere del danno provocato può, in qualche misura, indurre a maggiore prudenza e dissuadere da quei comportamenti che presentassero un tal rischio. È, perciò, ovvio, che la responsabilità svolge in qualche guisa una qualche funzione preventiva della fenomenologia dei danneggiamenti. Ma questo non consente affatto di affermare che codesta efficacia dissuasiva assurga a funzione giuridica della responsabilità. Tale funzione dissuasiva, infatti, rimane semplicemente una constatazione sociologica finché non si dimostri che la disciplina *in generale* della responsabilità sia stata strutturata dall'ordinamento in guisa tale da perseguire proprio tale esito sociale (ad es., ponendo il semplice pericolo, e non il danno che ne è seguito, a condizione sufficiente della sua "sanzione").

La considerazione di un'efficacia sociale può dirsi *ratio generale* del rimedio aquiliano solo allorché i suoi esiti abbiano condizionato, altrettanto *in generale*, la *veduta* dei problemi che tale istituto viene deputato a risolvere, cioè solo quando si sia trasformata nel punto di vista a partire dal quale esso percepisce i problemi del mondo e, al contempo, in relazione al quale struttura le loro soluzioni giuridiche.

In secondo luogo, è necessario distinguere tra *funzione giuridica primaria* di un istituto e *funzioni secondarie* proprie delle sue diverse articolazioni normative.

Per organizzare e risolvere i problemi del mondo il sistema giuridico si costruisce una propria *veduta* delle complessità sociali di volta in volta considerate. Codesta veduta, a sua volta, può, però, richiedere di riarticolare tali complessità sociali, di distinguerle in sotto-ambiti differenti e di assegnarne la soluzione a sotto-criteri diversi.

Ad es., si può supporre che la *veduta* adottata dal sistema giuridico in ordine alle complessità sociali considerate nell'ambito della responsabilità civile sia stata tale da indurlo a differenziare tale ambito primario nei distinti sotto-ambiti delle «attività biologiche» e delle «attività

d'impresa» ed a rimettere per conseguenza la concessione dei suoi rimedi a condizioni differenziate.

Ove questo accada sarà dato riscontrare una funzione primaria dell'istituto, la quale attiene alla *veduta* che il sistema giuridico si è fatto di un ambito generale di complessità sociale e che, perciò, dipenderà, essenzialmente, dai criteri adottati per selezionare in generale tale ambito generale e dal tipo di rimedio prescelto per risolverne i problemi (ad es.: la causazione di un danno e la traslazione del relativo pregiudizio dal danneggiato ad un altro soggetto che con il fatto dannoso abbia un qualche rapporto). E si riscontreranno anche delle funzioni seconde, che, invece, concernono, i sotto-ambiti nei quali i problemi selezionati vengono scomposti ed i differenti criteri ai quali, in ciascuno di essi, viene subordinata la concessione del rimedio prescelto (ad es.: l'ambito delle attività biologiche sottoposto al criterio della colpa e quello delle attività d'impresa sottoposto al criterio del rischio).

La gran parte delle molteplici funzioni via via attribuite alla responsabilità civile deriva, invece, dalla indebita assunzione di mere inferenze sociologiche, a funzione giuridica dell'istituto o, più spesso, da improprie sineddoci che trasferiscono alla ragione primaria di esso *sotto-rationes* che presiedono a criteri selettivi speciali della sua disciplina ed ai diversi sotto-ambiti che ad essi sono assegnati.

2. *Funzioni sistemiche del diritto e funzione giuridica della responsabilità civile: la ratio sistemica conservativa del dispositivo aquiliano e il circolo dei suoi rinvii e delle sue rationes seconde.*

Ogni norma reca, di solito, una propria fattispecie distinta e contiene – o rinvia a – un rimedio che risponde al problema da essa individuato. Ogni fattispecie, però, costituisce spesso l'articolazione (una sotto-fattispecie) di una fattispecie più generale, la quale dà forma ad un *tipo generale di problema*, che corrisponde ai compiti fondamentali secondo i quali l'ordinamento vede la complessità sociale e i conflitti che in essa si sviluppano, e vi dà ordine. E il rimedio che a tale tipo generale di problema vien dato – o la variazione di esso che ciascuna delle singole sotto-fattispecie prevede – contribuisce, a sua volta, a determinare ulteriormente la comprensione, che il sistema ha sviluppato, dei conflitti sociali che ha in tal modo selezionato e del compito, che ri-

spetto ad essi si è dato, ossia l'ordine di considerazioni entro le quali ha ritenuto che andasse trovata la loro soluzione.

La funzione generale della responsabilità civile va, allora, determinata a partire da questi concetti. E perciò va definita ricostruendo la sequenza che va dai *conflitti*, che l'ambiente sociale propone al sistema giuridico, al *senso* secondo il quale questo li assegna all'ambito della responsabilità e sulla base del quale provvede a determinare il rimedio che vi dà soluzione.

In modo un po' approssimativo, si può dire che le complessità che l'ambiente sociale propone nel suo insieme al sistema giuridico sono in generale da questo comprese ed ordinate secondo tre funzioni fondamentali.

Innanzitutto, queste complessità gli si prospettano come *conflitti appropriativi* ed attivano la sua *funzione attributiva*.

Al diritto è dato, in primo luogo, di determinare *a chi* spetti e *come* spetti tutto ciò (le risorse, le utilità, i valori, ecc.) che ritiene «divisibile» (cioè individualmente appropriabile) tra i membri di una comunità. Tale funzione prende corpo in un dispositivo che determina le condizioni e le modalità di appartenenza di tutto ciò che non è lasciato indiviso, e perciò sancito come individualmente inappropriabile. Questa funzione prende corpo (almeno secondo l'opinione tradizionale) nella disciplina dei c.d. beni giuridici e della proprietà, che dice a chi spettano le «cose» e risolve i *conflitti appropriativi* che intorno ad esse si producono.

La riproduzione sociale richiede, però, che ciò che è stato originariamente attribuito debba poter essere trasferito, e cioè possa circolare innanzitutto tra i membri della comunità (in guisa da sopperire alle deficienze di taluno e risolvere le eccedenze di altri) e poi tra le generazioni. Le complessità che si originano da questa impellenza dell'ambiente sociale si prospettano al sistema giuridico come *conflitti acquisitivi* ed attivano la sua *funzione traslativa* (rispettivamente: *inter vivos* e *mortis causa*). Per questo aspetto al diritto è dato di determinare a quali condizioni l'attribuzione originaria ad un soggetto possa transitare nella sfera giuridica di altri e tramutarsi in loro legittima attribuzione, e così di seguito. Ad essa corrispondono, in essenziale, le discipline del contratto e delle successioni, che sono deputate a risolvere i relativi *conflitti acquisitivi*.

Ma ciò che è stato attribuito e ciò che è stato acquisito deve essere protetto dalle interferenze degli altri e dal pregiudizio che esse possono causare. Le complessità che da tale esigenza si originano si prospettano al sistema giuridico come *conflitti interferenziali* ed attivano la sua *funzione conservativa*. Al diritto, per questo verso, spetta di determinare il *discrimen* tra fatalità e responsabilità, e perciò le condizioni alle quali una perdita, una distruzione di ricchezza sia da considerare imputabile alla sorte, alla cattiva ventura e sia destinata a rimanere in capo a chi la ha subita o possa essere, piuttosto, imputata a qualcun'altro e vada da questi «compensata». E con questo compito ha, appunto, a che fare la responsabilità civile.

Come si è detto, la funzione giuridica della responsabilità civile dipende non solo dalla logica che contrassegna i criteri deputati a selezionare la sua fattispecie fondamentale, ossia i conflitti interferenziali ad essa assegnati, ma anche dalla logica che presiede al rimedio con cui tali conflitti vengono da esso trattati (e cioè al risarcimento), e più precisamente dal *rapporto circolare che lega la logica della selezione (fattispecie) alla logica del trattamento (effetto giuridico)*.

I criteri deputati a selezionare in generale i conflitti interferenziali assegnati alla responsabilità civile si ritrovano nel combinato disposto degli artt. 2043 e 2059. In forza di tali criteri pertengono al campo della responsabilità civile tutti e solo quei conflitti nei quali si dia un «danno» del quale, inoltre, si possa dire che sia «ingiusto» e «patrimoniale» (anche se – è bene dirlo subito – quest'ultimo “requisito” sembra sia stato ormai, almeno di fatto, “abrogato”). Il rimedio deputato a risolvere tali conflitti si ritrova nel combinato disposto degli artt. 2056 e 1223 ss. Il dispositivo che da esso discende prevede che la soluzione di tali conflitti si dia in un risarcimento che è fatto consistere nell'attribuzione al «danneggiato» dell'equivalente monetario della «perdita subita» e del «mancato guadagno». Per conseguenza *la funzione generale della responsabilità civile si dà, essenzialmente, nel rapporto circolare che lega il «danno», «ingiusto e patrimoniale», al risarcimento di «perdita subita e mancato guadagno».*

Da questo discende che il diritto *vede* i conflitti aquiliani, innanzitutto, come problemi dati dalla perdita di un valore acquisito e/o acquisibile che chiede di essere reintegrata attraverso l'attribuzione di un valore monetario ad essa (secondo un qualche criterio ritenuto) equivalente. E da questo soltanto, perciò, deve evincersi ed in questo deve

farsi consistere la *funzione sistemica compensativa* che il sistema giuridico innanzitutto assegna alla responsabilità civile.

L'implementazione di questa funzione sistemica compensativa porta con sé rinvii e determinazioni, ciascuna delle quali istituisce lo spazio per sotto-funzioni, che rimangono seconde rispetto a tale primaria funzione sistemica.

Da un lato, infatti, questa generale funzione compensativa implica che si determini la «perdita» che la attiva. E questa determinazione, per un verso, rinvia alla funzione attributiva (poiché può essere compensato solo ciò che era stato prima attribuito) e, per un altro verso, rinvia al “luogo” (del diritto e/o della società) ove è concepita la ponderabilità/calcolabilità del valore perduto (giacché solo quel che è ponderabile può essere convertito nella moneta del risarcimento). Nel sistema positivo degli artt. 2043 e ss., sedi di queste necessarie determinazioni sono – come appresso si vedrà –, rispettivamente, l'«ingiustizia» e la «patrimonialità» del danno.

Dall'altro, questa funzione sistemica compensativa, poiché opera spostando ricchezza da chi è chiamato a rispondere del danno a chi lo ha subito, implica che un tal trasferimento sia giustificato anche rispetto a chi ne è gravato (essendo che la nuda causalità equivale alla mera casualità e che la casualità semplicemente muta la malasorte di chi ha subito una perdita nella malasorte di chi viene chiamato a risarcirla) e richiede, perciò, l'indicazione dei criteri che selezionino quando tale giustificazione si dia e quando no. Ciascuno di tali criteri si determina sulla base di altrettante *rationes*, le quali danno corpo a corrispondenti funzioni seconde (ad es., di prevenzione, di *deterrence*, di allocazione ottima dei rischi, ecc.), che tali sono perché destinate ad operare in seconda battuta rispetto alla funzione primaria (solo quando si dia un danno virtualmente risarcibile, e cioè relativo ad una risorsa potenzialmente spettante a chi lo ha subito e suscettibile di ponderazione, e solo per decidere se debba rimanere a carico di chi lo ha subito o debba essere traslato ad un altro) e entro ambiti distinti (ad es., del rischio ordinario e delle attività rischiose, ecc.). Nel sistema degli artt. 2043 e ss., questi criteri e le rispettive funzioni seconde si ritrovano – come si vedrà - nelle diverse regole di imputazione del pregiudizio (dal dolo alla colpa dell'art. 2043 e agli altri regimi degli artt. 2047-2054).

Il senso sistemico della responsabilità civile si comprende, dunque,

nel circolo che presiede ai rapporti tra questa primaria funzione compensativa, i rinvii attraverso cui opera e le sotto-funzioni che determinano le condizioni e i limiti del suo funzionamento.

3. *La funzione giuridica della responsabilità e la struttura della fattispecie aquiliana: dall'«illecito» al «fatto dannoso».*

Quella che si è appena illustrata è la funzione fondamentale della responsabilità civile, e non lo è affatto da ora. Solo che fino a poco più di cinquant'anni addietro essa non veniva intesa così. E non certo perché diversi fossero allora i dati normativi da cui essa è stata qui desunta.

Fino a quel tempo la responsabilità civile veniva compresa secondo il paradigma dell'*atto illecito*. Il quale rispondeva all'idea generale che il diritto fosse rivolto a regolare i comportamenti degli uomini e che per far questo gli fosse necessario e sufficiente distinguerli in:

- *atti leciti*, ai quali garantire effetti tendenzialmente conformi all'intento dei soggetti che li pongono in essere (ad es., gli atti negoziali); e appunto
- *atti illeciti*, ai quali reagire con una sanzione, consistente in una pena pubblica, ossia nella privazione della libertà personale (illecito penale), o in un risarcimento, ossia nella privazione di una parte del patrimonio di chi li ha commessi e nella sua assegnazione al soggetto che li ha subiti (per l'appunto, l'illecito civile).

È in questa prospettiva, appunto, che alla responsabilità civile veniva ascritta una funzione fondamentale sanzionatoria, volta al duplice scopo di punire il colpevole e di ristorare la vittima. Ed è in stretta coerenza a tale funzione che veniva, di conseguenza, rappresentata la *struttura generale* della fattispecie aquiliana.

In tale tradizione dommatica, perciò, le porte attraverso le quali un conflitto interferenziale doveva transitare, perché divenisse un conflitto conservativo e ricevesse un rimedio aquiliano, venivano solitamente enumerate come altrettanti «requisiti» della responsabilità o come «elementi» della sua fattispecie. Cosicché si diceva che, perché insorgesse l'obbligazione del risarcimento fosse necessario che si desse il concorso, la *somma* cioè, dei seguenti quattro elementi: (1) innanzitutto, un «atto illecito e colposo», (2) poi, la «lesione di un «interesse protetto

nella forma del diritto soggettivo» (lesione antiggiuridica di un interesse), (3) quindi, un «pregiudizio patrimoniale» (danno patrimoniale) e (4) infine, un nesso di «causalità giuridica» tra il danno antiggiuridico e patrimoniale subito dalla vittima e l'atto illecito e colposo di chi venisse chiamato a risarcirlo.

E a questa *rappresentazione sommativa della fattispecie* di responsabilità si accompagnava una coerente *rappresentazione essenzialistica* di ciascuno di tali elementi (che li concepiva e illustrava, appunto, come «essenze», «sostanze», da definire e comprendere a prescindere dalla funzione che erano chiamate a svolgere nella fattispecie aquiliana).

Così, l'*illiceità dell'atto* veniva spiegata con l'idea che nessuno può essere ritenuto responsabile delle conseguenze di un suo comportamento ove questo non integri la violazione di un *obbligo preesistente*. Con ciò evocando un generale principio garantistico, proprio delle società liberali dell'800, che trovava la sua più chiara enunciazione nell'ambito del diritto penale: *nullum crimen sine lege*, ossia non si dà sanzione se non per la violazione di una norma che preesista al comportamento da sanzionare.

La *colpa*, che doveva inoltre contrassegnare tale atto, veniva intesa in senso soggettivo ed era fatta consistere nell'ascrivibilità della condotta illecita ad una disposizione riprovevole della volontà dell'agente (negligenza, imperizia, ecc.). Così, ancora una volta, evocando un altro principio generale, quello secondo cui *solo dalla volontà individuale possono sorgere obbligazioni* per gli individui.

La *lesione antiggiuridica* era fatta consistere nell'«ingiuria» di un diritto soggettivo assoluto e la sua necessità si spiegava con la circostanza che solo verso gli interessi coperti da tale forma di tutela si dava un obbligo preesistente, l'obbligo *erga omnes* di rispetto ed astensione, la cui violazione permetteva di qualificare come illecito il comportamento che li avesse lesi.

La necessità del *danno patrimoniale* si giustificava, ancora, con la considerazione generale che la protezione dei beni «moralì» e dei valori «ideali» (dalla vita all'onore) doveva ritenersi demandata al diritto penale, mentre al diritto privato competeva solo quel che ricadeva nel campo di quanto si dà come economicamente quantificabile, di ciò che può, non disdicevolmente, essere tradotto in denaro. Anche qui rifacendosi ad un principio tradizionale, quello per il quale *corpus pretium non habet*.

La *causalità giuridica*, infine, rappresentava un necessario corollario di tutte le superiori condizioni della fattispecie aquiliana ed era rivolta ad escludere la responsabilità tutte le volte in cui, pur dandosi tra illecito e lesione/danno il c.d. nesso di condizionalità (*condicio sine qua non*), tuttavia esso risultasse interrotto dall'“illecito altrui” o da un “caso fortuito”.

Ovviamente, nell'applicazione concreta le cose non andavano proprio nel modo in cui venivano descritte attraverso questi concetti. Ma questo modo in cui la responsabilità civile veniva concepita e rappresentata ne limitava le capacità di espansione alle nuove ipotesi di danneggiamento che più si allontanavano dal modello tradizionale del *damnum corpore corpori datum*. Sicché le potenzialità regolative insite nella disciplina della responsabilità si assottigliavano via via che le fenomenologie del danneggiamento si venivano discostando da un tale modello.

Questo modo di intendere la disciplina della responsabilità civile era reso possibile, però, da un assetto generale della società, e segnatamente da presupposti materiali e spirituali molto precisi: (a) una società non particolarmente rischiosa, che, perciò, ancora non sollecitava criteri più incisivi, e oggettivi, di ascrizione della responsabilità; (b) una ricchezza costituita essenzialmente dai beni immobili, che permetteva di indirizzare la tutela aquiliana principalmente verso la proprietà, lasciando tendenzialmente nell'ombra le altre forme di appropriazione dei valori economici; (c) un'invasività ancora limitata del denaro e del mercato, che faceva apparire ripugnante riferire loro i beni personali e spirituali; (d) il funzionamento di sistemi sociali alternativi di sanzione, che permetteva di affidare i beni, la cui lesione così si sottraeva alla responsabilità, alla censura sociale o al diritto penale; (e) l'influenza dell'idea di fatalità, che rendeva tollerabili le *défaillances* cui una causalità così concepita andava incontro.

Era quindi inevitabile che il radicale ribaltamento, cui tutti questi presupposti sono andati incontro nel corso del Novecento, richiedesse di superare questo intendimento della responsabilità e di sondarne tutte le ben più vaste virtualità regolative, insite nella sua disciplina e nella proiezione funzionale che le era propria.

In questo allontanamento dalla tradizione un ruolo rilevante è stato giocato, inoltre, dalla “scoperta”, nella metà degli anni '60 del secolo scorso, della Costituzione, dell'impatto che il suo dettato e i suoi prin-

cipi non potevano non avere sulla legislazione ordinaria e sulla comprensione dello stesso Codice civile.

Nel campo della responsabilità quest'impatto si tocca con mano: l'attacco contro la vecchia concezione dell'illecito, quello che smosse la giurisprudenza dalle sue pigrizie, viene condotto nel nome della "solidarietà sociale" dell'art. 2 Cost. e la definitiva messa da canto dei limiti frapposti dall'art. 2059 alla generale risarcibilità del danno non patrimoniale è fatta poggiare, alla fine, sui "diritti costituzionali inviolabili" della medesima norma costituzionale.

Ma se si vuol capire come sono andate veramente le cose, e come ancora vanno, è necessario fare una distinzione, che, per il vero, può sembrare abbastanza insolita: quella tra clima culturale e ausilio interpretativo.

Non c'è alcun dubbio che l'evocazione dei principi costituzionali abbia rivestito un ruolo grandissimo nello spingere la dottrina, prima, e la giurisprudenza, dopo, ad esplorare e immaginare nuovi spazi e nuove soluzioni per questo istituto fondamentale del diritto privato: la "scoperta" della Costituzione introduce un clima culturale che trancia gli ormeggi e spinge verso "nuove frontiere" (come ben presto si prese a chiamare il nuovo che irrompeva nella responsabilità civile¹).

Non si direbbe il vero, però, se si tacesse che una parte almeno di questi riferimenti a testi e principi costituzionali presentano talvolta un valore principalmente retorico, svolgono una funzione prevalentemente persuasiva, ma non esibiscono sovente alcun reale ruolo interpretativo: sospingono i proponimenti ed il favore di dottori, giudici e opinione pubblica verso soluzioni che di tali riferimenti non hanno, talvolta, bisogno, parlano – si direbbe – alla "volontà" più che all'"intelligenza".

Ma il veicolo di questo nuovo clima costituzionale si avvale anche, e specie all'inizio, di argomentazioni che si potrebbero dire interne, "tecniche".

La ricomprensione della responsabilità, che interviene a partire dalla metà degli anni '60 del secolo scorso, si sviluppa all'insegna di un generale indirizzo, che muove dalla rideterminazione della sua struttura e che si può riassumere così: *dall'illecito al fatto dannoso*.

Questo nuovo corso prende il via con l'introduzione della distinzione

¹ F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41 ss.

ne concettuale, che è strategica, tra illecito e responsabilità², prosegue con l'articolazione dicotomica della tutela aquiliana, intesa a circoscrivere l'ambito della colpa alle attività biologiche ed a sottoporre le attività d'impresa al criterio oggettivo del rischio³, e si compie con la rappresentazione dell'art. 2043 come clausola generale di responsabilità⁴.

Da questo momento ed a partire da qui la responsabilità civile prende nuove vie.

²R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.

³P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, *passim*, che immette nella responsabilità nuovi linguaggi e concettualità inedite.

⁴S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, *passim*, che ribalta la struttura stessa dell'art. 2043.

CAPITOLO I

L'«INGIUSTIZIA» DEL DANNO E IL DOPPIO REGIME DELLA RESPONSABILITÀ

SOMMARIO: 1. Il problema del danno virtualmente risarcibile e la questione dell'«ingiustizia». – 2. Le elaborazioni tradizionali di questo problema, i loro aggiornamenti e la loro insufficienza: il diritto soggettivo come “qualità del danno” e come “causa di giustificazione” della sua causazione. – 3. La liberalizzazione della clausola generale, la ridislocazione della responsabilità da contatto e la ponderazione del giudizio comparativo. – 4. Un'altra prospettiva: il moderno principio appropriativo, la coestensione della funzione conservativa della responsabilità e la struttura interferenziale dei conflitti aquiliani. – 5. Il doppio regime della responsabilità civile. – 6. I due regimi del “danneggiamento colposo” e del “pregiudizio abusivo” ed i rispettivi campi di operatività: il danno fisico e il danno immateriale. – 7. La fondazione positiva del doppio regime della responsabilità: l'origine dell'art. 2043 e il *di più* di dolo e ingiustizia. – 8. La latitudine della tutela aquiliana, i “danni meramente patrimoniali” e le situazioni soggettive asimmetriche. – 9. Il senso normativo della clausola generale e la tipicità *sistemica* del rimedio aquiliano. – 10. Verso il giudizio di responsabilità: un lessico parzialmente diverso e un nuovo ordine espositivo.

1. *Il problema del danno virtualmente risarcibile e la questione dell'«ingiustizia».*

Il problema cruciale della responsabilità civile sta nel determinare quali danni siano virtualmente risarcibili, e cioè – più precisamente – la lesione di quali beni e interessi permetta, in potenza, l'accesso alla tutela aquiliana.

Questo problema ha nel Codice civile italiano un “luogo” normativo preciso dal quale è sembrato traggere un “nome” altrettanto determinato: *l'ingiustizia del danno*.

Recita, infatti, l'art. 2043 che «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un *danno ingiusto*, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

Dunque: *solo se il danno cagionato può qualificarsi "ingiusto", chi lo ha subito può ottenerne il risarcimento.*

Di solito si legge che la soluzione di questo problema dipende dal significato normativo racchiuso nell'«ingiustizia», in questo requisito del danno che il Legislatore del 1942 ha aggiunto alla vecchia formula dell'art. 1151 del c.c. del 1861, innovandone – si suole ripetere – il senso e la portata normativa. Cosicché è sembrato che la soluzione di questo problema cruciale si possa attingere solo andando alla ricerca del principio discretivo (tra risarcibile e non) che a tale «ingiustizia» sarebbe stato positivamente affidato e che in essa si troverebbe custodito.

Come si vedrà, l'«ingiustizia», che l'art. 2043 predica del danno, si limita, invece, ad evocare solo un problema, che prescinde largamente dalla sua positiva enunciazione normativa e dalle lunghe discussioni che intorno a questa innovazione linguistica si sono venute imbastendo, e cioè un problema che, perché sussista, non ha alcun bisogno che il Legislatore lo sollevi esplicitamente e per la soluzione del quale non è necessario che ci si interroghi sulla categoria dogmatica o sul valore etico o giuridico cui con tale qualificazione del pregiudizio la norma avrebbe inteso riferirsi.

Così è perché questo problema, che l'«ingiustizia» dell'art. 2043 segnala, trae origine *in-mediatamente* dalla funzione conservativa della responsabilità civile e dalla stessa struttura dei conflitti interferenziali, che essa è chiamata a regolare.

Più precisamente – come appresso si proverà a chiarire – questo problema nasce, *in-mediatamente*, dal fatto che la tutela accordata dalla responsabilità alla ricchezza, di cui l'ordinamento consente ai privati l'appropriazione, deve, necessariamente, coniugarsi, da un lato, con il principio che non si può proteggere in capo a qualcuno qualcosa che già non gli sia stata attribuita, che già non gli spetti e, dall'altro, con la tutela che, al tempo stesso, l'ordinamento deve riconoscere al similare agire individuale di altri, che dell'appropriazione in generale è anch'esso l'infungibile premessa e l'imprescindibile strumento.

Dunque: qualsiasi ordinamento moderno della responsabilità civile pone il problema di distinguere tra danni risarcibili e danni non risarcibili, ma (contro le apparenze e la comune retorica) la soluzione di questo

problema non dipende in gran parte dalle formule normative di volta in volta adottate per definire la fattispecie aquiliana, bensì dalla struttura stessa che esibiscono i conflitti aquiliani nei sistemi giuridici moderni.

Questa formula appare ancora, ed è necessariamente, un po' criptica, ma l'assunto che enuncia risulterà chiaro in seguito.

Ripercorrere la storia di questo dibattito, che – come prima si è visto – ancor oggi sembra dividere dottrina e giurisprudenza, serve a mettere meglio a fuoco i termini in cui questo problema cruciale si pone ed a sperimentare il carattere “metaforico” delle soluzioni che ad esso solitamente si danno.

2. Le elaborazioni tradizionali di questo problema, i loro aggiornamenti e la loro insufficienza: il diritto soggettivo come “qualità del danno” e come “causa di giustificazione” della sua causazione.

Una risalente tradizione, che è transnazionale, aveva pensato di risolvere questo problema assumendo che solo la lesione di un “diritto soggettivo assoluto” (e cioè, principalmente, di un diritto proprietario) poteva dare ingresso alla tutela aquiliana⁵.

Questa tradizione traeva origine dalla dogmatica dell'illecito, secondo la quale – come si è visto – è stata compresa per lungo tempo la responsabilità civile: solo i diritti soggettivi assoluti sono protetti da quell'obbligo generale di rispetto e astensione, la cui violazione vale ad integrare l'illiceità della condotta che ad essi arrechi pregiudizio.

Questa tradizione inciampava in un grave *qui pro quo* teorico. Gli obblighi di rispetto e di astensione, che contrassegnano la tutela assoluta dei diritti, infatti, non hanno niente, ma proprio niente, a che vedere con gli obblighi aquiliani o con il dovere generale di *neminem laedere* nel quale – come voleva Carnelutti – di solito si riassumono (ma v. appresso).

Va detto, però, che questa tradizione muoveva, anche, da un incontestabile nucleo funzionale della responsabilità civile, e cioè dall'idea,

⁵ Cfr. F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1912, 744 e ID., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 544 ss. Al riguardo v., per tutti, S. PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 109 s.