

UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

SERIE II

MEMORIA LXXX

ELIO CASETTA

ASSISTENTE ORDINARIO ALLA CATTEDRA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'ILLECITO DEGLI ENTI PUBBLICI



G. GIAPPICHELLI - EDITORE - TORINO

PREFAZIONE

La monografia costituisce nel momento in cui viene elaborata e pubblicata, nel 1953, un contributo denso e ponderoso, con cui si avvia un vero e proprio cambio di passo rispetto a quanto sostenuto, pur autorevolmente, da una parte della dottrina e dalla stessa giurisprudenza, e ci consegna, per altro verso, una serie di riflessioni di perdurante attualità sul piano dogmatico oltre che importanti e di sicura utilità dal punto di vista pratico-operativo.

Il dato di massima criticità si addensa, come è ben noto, attorno ad un preliminare quanto fondamentale interrogativo, alla luce del tenore formale-sostanziale dell'art. 28 Cost.: ma allora la responsabilità della pubblica amministrazione è diretta oppure indiretta per fatto altrui?

Lo studio, accuratissimo e molto documentato, alla luce della dottrina e della giurisprudenza del tempo, affronta *ab imis* i problemi, già allora sul tappeto, dal punto di vista costituzionale, in quanto il nostro Maestro era ben consapevole del fatto che i problemi dell'amministrazione, e del suo diritto, sono innanzitutto temi e problemi di diritto costituzionale, per focalizzare successivamente il nodo nevralgico di maggior peso e rilievo, in sintonia con la domanda appena posta: alla luce dell'art. 28 Cost., norma dalla quale si prendono le mosse ed alla quale è comunque giocoforza ritornare, si tratterà di responsabilità diretta oppure indiretta quella che graverà sulla pubblica amministrazione, e cioè la norma di più immediato e diretto riferimento sarà l'art. 2043 cod. civ. oppure l'art. 2049 cod. civ.?

È anche su questo terreno che il prof. E. Casetta rivela, in questo studio, come del resto in tutta la sua vasta e articolata produzione scientifica, una solida cultura civilistica, a conferma di quella che è una sua profonda convinzione chiaramente esplicitata nella monografia ora ripubblicata: il fenomeno giuridico è essenzialmente unitario, oltre (e nonostante!) le partizioni disciplinari alle quali facciamo in genere, del tutto convenzionalmente, riferimento, utili per l'organizzazione della didattica, ma forse non sempre caratterizzate da un sicuro valore euristico.

Dal diritto civile si parte, ed a questo stesso si ritorna, questo sembra insegnarci il Maestro della Scuola torinese del diritto amministrativo, soprattutto quando si voglia affrontare il tema dell'illecito degli enti pubblici e dei suoi agenti.

Se questo è vero, la risposta alla domanda che prima riproponevo circa il ruolo giocato dalle norme del codice civile in materia di illecito civile, allorché ci si riferisca alla pubblica amministrazione ed ai suoi agenti, nel solco (ovviamente) dell'art. 28 Cost., è tanto semplice quanto efficace.

Riporto un breve quanto significativo brano estratto dal volume (pag. 187 e ss.), il quale è espressione di una riflessione e di un pensiero costanti, in quanto proposti in molti passaggi argomentativi: “Il fondamento dell'obbligazione va ... ricercato nell'art. 2049 cod. civ. ... La nozione dell'illecito è pertanto assolutamente unitaria, come, del resto, identici in ogni caso rimangono gli elementi che l'agente deve concretare affinché tale illecito possa eventualmente aver luogo; e son quelli – tutti e soli – che si trovano leggendo l'art. 2043 cod. civ.: una condotta particolarmente qualificata, un danno ingiusto, un nesso di causalità tra condotta e danno”.

E, in questo senso, fra l'art. 2043 e l'art. 2049 cod. civ. non vi è quindi una reale antinomia ma piuttosto un rapporto di feconda integrazione: agli enti pubblici “... non è dunque per fermo applicabile l'art. 2043 cod. civ. ...” giacché la “... responsabilità diretta ... esula dal campo delle persone giuridiche in genere e degli enti pubblici in specie” laddove sono comunque gli elementi costitutivi dell'illecito, ai sensi della norma generale (l'art. 2043 cod. civ.), a sostanziare, in ogni caso, la responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche, per il fatto dei suoi agenti, ai sensi dell'art. 2049 cod. civ.

Siffatto punto di vista mi sembra ancor oggi sostenibile, soprattutto perché era (ed è) ancor oggi sicuramente condivisibile il presupposto fondamentale su cui si basava: la persona giuridica, o comunque il soggetto collettivo anche non personificato, non ha la capacità di agire, che è invece attributo esclusivo e qualificante della persona fisica, i risultati della condotta della quale sono sì (questi sì) imputabili all'organizzazione complessa di cui è parte, e nel nome e per conto della quale opera ed agisce.

Mi permetto di meglio precisare quanto ho appena sostenuto: l'im-

portanza e la perdurante attualità delle riflessioni del nostro Maestro sono del tutto evidenti sul piano della dogmatica generale, ossia dal punto di vista sistematico, sebbene la responsabilità della pubblica amministrazione sia fatta oggetto, da sempre (e si tratta di un *work in progress*, continuo e inarrestabile), di processi evolutivi a noi tutti ben noti, specialmente alla luce della giurisprudenza di Corte di giustizia UE oltre che delle nostre giurisdizioni nazionali. È sufficiente pensare, sotto questo riguardo, alla fine del “dogma” relativo alla non risarcibilità degli interessi legittimi, alla luce della giurisprudenza di Corte di giustizia UE e della nostra Corte di Cassazione, per misurare l’ampiezza e la rilevanza, per qualità e quantità, delle più recenti tendenze giurisprudenziali.

Ciò che deve essere colto, tuttavia, nel pregevolissimo studio del nostro Maestro, è tuttavia, in conclusione, un importante elemento di riflessione che va oltre i dati tecnici in senso stretto dai quali comunque si parte: il fenomeno giuridico è essenzialmente unitario, interessando, secondo regole e principi in larga parte comuni, sia gli operatori privati che quelli pubblici, ossia le pubbliche amministrazioni, soprattutto là ove sia in discussione la responsabilità della “macchina” pubblica e dei suoi agenti, senza che possa essere invocata la c.d. specialità dell’amministrazione e del suo diritto.

Il che, già a far tempo dal 1953, spinge ad archiviare, in modo fermo e risoluto, alla stregua di un logico punto di partenza come di arrivo, ogni discorso su una fantomatica responsabilità di diritto pubblico, della quale nessuno, a mio avviso, avverte ormai il bisogno.

ROSARIO FERRARA

Al Prof. PIETRO BODDA
mio Maestro
con devozione e gratitudine

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Incertezze della dottrina circa i principi generali dello illecito e della responsabilità civile. — 2. Loro ripercussioni sui problemi dell'illecito e della responsabilità degli enti pubblici: l'articolo 28 della Costituzione. — 3. Piano della ricerca.

1. — Il problema dell'illecito e della responsabilità giuridica, specialmente civile, è andato acquistando, negli ultimi decenni, un'importanza ognora crescente. L'intensificarsi degli scambi, il succedersi di mirabili scoperte e perfezionamenti nel campo tecnico e scientifico, l'accelerarsi, in una parola, del ritmo della vita moderna, ha reso quanto mai intensi e frequenti i rapporti fra gli uomini, e per conseguenza, moltiplicato le occasioni in cui l'attività di un soggetto può venire ad incidere in modo dannoso sulla sfera degli interessi economici di altri soggetti. Di qui la necessità, in sede di politica legislativa, di contemperare le esigenze del progresso con quelle dell'equità: le une tendenti all'accoglimento del principio del rischio, per cui qualsiasi danno derivato all'altrui sfera economico-giuridica deve essere risarcito per il solo fatto di essere stato cagionato, in modo da realizzare la più estesa riparazione dei pregiudizi subiti dal singolo come conseguenza di una attività altrui; le altre rivolte invece a mantenere più che mai fermo il principio romanistico della colpa (1), e ad escludere così

(1) Sembra peraltro possa escludersi, contrariamente a quanto fu autorevolmente affermato già sessant'anni fa (ORLANDO: *Saggio di una nuova teorica sul fondamento della responsabilità, ecc.*, in *Archivio Giur.*, 1893, p. 328 e segg.), che il sentimento giuridico dell'età moderna

i gravosi imprevisti derivanti dal dover ristorare danni che, con la maggior attenzione e cautela, non erano evitabili. Non solo; ma difficile si presenta la individuazione di quella sfera giuridica, entro la quale va contenuta la rilevanza, per il diritto, del danno. Onde tanto maggiore sarà la divergenza tra tale sfera e quella meramente economica, di altrettanto aumenteranno i casi in cui il pregiudizio subito dal cittadino rimarrà senza riparazione.

In mancanza di una soluzione radicale del problema, da qualcuno propugnata (2), l'esame delle disposizioni regolatrici della materia nei vari ordinamenti permette di constatare dovunque una notevole perplessità tra il mantenimento degli antichi schemi e la introduzione dei nuovi, e, pertanto, una incertezza destinata, naturalmente, a non rimanere senza ripercussioni nella giurisprudenza e nella dottrina.

Questa infatti ha costruito sistemi anche perfettamente logici, forzando però talora ad essi le norme positive, in genere costituite da formule generalissime e, appunto per questo, non univoche, a seconda della soggettiva individuazione degli indirizzi ritenuti accolti nella legge.

A ciò si aggiunga il fatto, obbiettivamente constatabile, che in Italia l'attenzione dedicata all'argomento non sembra certo pari, sotto parecchi riguardi, alla sua importanza. Non è quindi esagerato affermare che oggi, in questo campo, non abbondano adeguate ricerche ed appaganti risultati, mentre la termino-

sia generalmente contrario al fondamento tradizionale delle responsabilità, ossia alla colpa. A parte altre ragioni pratiche, facilmente intuibili, che sconsigliano dal ripudiarlo, deve anzi ritenersi che più che mai esso si imponga, spingendo i soggetti a maggiori cautele quanto maggiore è il pericolo rappresentato dalla intrapresa da essi esercitata. In quest'ordine di considerazioni, ad es., va inquadrato l'art. 2050 del nostro codice civile. Se mai potrebbe proprio essere un principio equitativo a consigliare di non privare del risarcimento una persona che subisce un danno ad opera di un'altra anche incolpevole: (V. VITTA: *Nuovi cenni sulla responsabilità dell'amm. pubblica per fatti illeciti*, in *Giur. It.* 1929, IV, col. 39): perchè, infatti, la prima e non la seconda dovrebbe sopportarlo?

(2) Specialmente all'estero. V., ad es., SAVATIER: *Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels*, in *Dalloz Hebdomadaire*, 1931, p. 9 e segg.

logia, ancora incerta, rivela le profonde divergenze che toccano gli stessi concetti fondamentali.

2. — Se queste constatazioni devono essere fatte in generale, non possono non ripetersi per quanto concerne, più particolarmente, l'illecito e la responsabilità delle persone giuridiche pubbliche, ed in primo luogo dello Stato.

Infatti la mancanza di sicuri fondamenti teorici condiziona alla bontà delle premesse accolte l'esattezza delle soluzioni prospettate, le quali, inoltre, implicano, a lor volta, la soluzione di problemi peculiari non meno difficili; ad es.: entro quali limiti sia possibile adottare i principi generali quando il danno sia causato nell'esercizio di potestà proprie del diritto pubblico; come si possa configurare una responsabilità facente capo a soggetti di diritto che non hanno una vita nel mondo naturale, e che devono servirsi dell'attività di persone fisiche; in quale rapporto stia l'eventuale responsabilità degli uni e delle altre; quali siano i poteri del giudice per l'accertamento di essa, e così via.

Il che era, ed è ancora, complicato dalla carenza di un'apposita regolamentazione, e dalla tendenza, manifestata da taluni Autori, di fondare il risarcimento del danno arrecato dagli enti pubblici quasi su di un principio di giustizia distributiva, che certamente non sta alla base delle disposizioni contenute nel codice civile.

Potrebbe sembrare che, con l'entrata in vigore della nuova Costituzione, un articolo della quale, il 28, è dedicato alla disciplina della materia, molti dubbi siano stati dissipati, e molte annose dispute definitivamente troncate. Al contrario. La formulazione di questa norma, non certo tra le più perspicue, ha contribuito a rimettere in discussione anche questioni, sulle quali una certa concordia era stata raggiunta. Ciò, tuttavia, non potrà non risolversi in un vantaggio, perchè un dibattito sull'intero problema senza il timore di sostenere, ove del caso, tesi non conformiste, non potrà che giovare ad un approfondimento e ad un ripensamento del problema medesimo, cui da molti ormai sembrava essersi rinunciato.

Un nuovo studio — esistendone già altri pregevoli ed anche assai recenti — non sembra quindi inutile: esso, per le ragioni esposte, non si propone di esaurire nei più minuti det-

tagli tutto l'argomento dell'illecito degli enti pubblici, ma di fornire un'impostazione teorica dell'istituto, la quale potrà servire anche per la soluzione di singole questioni concrete.

3. — La rilevata incertezza dei principi nei quali la ricerca affonda le sue radici, impone però in primo luogo di vagliare le basi stesse della costruzione, senza acriticamente accettarle così come vengono poste dai privatisti. Mettere in chiaro con ampiezza sufficiente che cosa sia l'illecito e che cosa sia la responsabilità dei privati, costituisce una premessa indispensabile dell'indagine (Cap. I), senza la quale ogni risultato di questa potrebbe essere infirmato dall'anche arbitrario accoglimento di punti di partenza diversi.

Sarà allora consentito di addentrarsi nell'esame dei lineamenti dell'illecito e della responsabilità degli enti pubblici, quali si ponevano, in mancanza di norme esplicite, prima dell'entrata in vigore della Costituzione; il che si raggiungerà attraverso uno studio che, battendo vie differenti da quelle tradizionali, affronterà, dopo un inquadramento generale, il problema del danno cagionato con l'emaneazione di un atto amministrativo separatamente da quello del danno arrecato in modo diverso, salvo poi riuscire ad una visione unitaria complessiva (Cap. II).

Sarà infine affrontata l'esegesi del tanto discusso art. 28 della Costituzione, e dei rapporti che esso espressamente instaura — o riafferma — tra illecito delle persone fisiche che esplicano la loro attività a servizio degli enti pubblici, e illecito degli enti medesimi, tenendo conto anche di altre norme costituzionali che con la prima hanno attinenza, e precisando dove e come tale attinenza si manifesti, per determinare infine se la disposizione di cui si tratta sia suscettiva, ed in quale misura, di applicazione immediata (Cap. III).

CAPITOLO I

Illecito e responsabilità civile dei privati.

SOMMARIO: 1. L'art. 2043 cod. civ.: elementi della fattispecie in esso contenuta. — 2. Il « fatto » come comprensivo della condotta e del danno. La condotta. — 3. Il danno: sua nozione. — 4. Il nesso di causalità tra condotta e danno. — 5. L'ingiustizia. Il danno ingiusto: l'altrui sfera giuridica che può esser lesa: comprende i diritti assoluti, ma non quelli relativi. — 6. Non v'è « danno ingiusto » per la lesione di interessi legittimi. — 7. Anche la condotta deve essere ingiusta perchè sia ingiusto il fatto nel suo complesso. — 8. Casi di esclusione dell'ingiustizia del fatto. I c. d. atti emulativi rendono viceversa ingiusto il fatto che non lo sarebbe in virtù della causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto. — 9. L'individuazione del diritto soggettivo violato. — 10. Rapporto tra l'ingiustizia ed il fatto nei suoi elementi condotta e danno. — 11. L'elemento soggettivo della fattispecie dell'art. 2043 cod. civ.: il dolo. — 12. La colpa. Il criterio obiettivo per il suo accertamento. — 13. Fattispecie: A) apparentemente difformi da quella di cui all'art. 2043 cod. civ.; B) I. sostanzialmente difformi: il c. d. atto lecito dannoso. E' però sempre un fatto ingiusto. — 14. II. Casi in cui manca l'elemento soggettivo: esso non difetta nella ipotesi dell'art. 2047, 2° comma cod. civ. — 15. Casi in cui manca la condotta dell'obligato al risarcimento: in particolare dell'art. 2049 cod. civ. — 16. L'illecito: non si identifica con l'antigiuridicità subbiettiva ed obbiettiva. — 17. In particolare l'illecito non si identifica con l'atto contrario alla norma, o con la lesione di un dovere o di un diritto. — 18. Illecito è il non risarcire il danno. L'obbligazione di risarcire il danno non è vera sanzione. Punto di incontro tra responsabilità contrattuale ed extra contrattuale. — 19. Il non risarcire il danno non è l'unico illecito civile. Mezzi che l'ordinamento stabilisce per rimuovere l'ingiustizia, impedendo talora il costituirsi della

obbligazione di risarcire il danno. — 20. La responsabilità come soggezione alla sanzione. Precisazioni sui concetti di soggezione e di sanzione. La responsabilità in senso processualistico e in senso sostanziale. — 21. Come avviene l'accertamento dell'illecito e l'applicazione della sanzione. L'azione di condanna. — 22. Distinzione dell'illecito civile da quello penale ed amministrativo. Definizione dell'illecito in generale. — 23. Dati conclusivi.

1. — Chiunque si accinga allo studio dell'illecito civile per il nostro diritto, e si faccia a considerare le norme in esso contenute che lo concernono, si imbatte nel libro IV, titolo IX del codice civile, dedicato ai fatti illeciti, ed in particolare nell'art. 2043, rubricato: risarcimento per fatto illecito, il quale, come è ben noto, recita: « Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno ».

Limitando, per ora, a tale fondamentale disposizione l'indagine, e premesso che, comunque la si interpreti, dalla previsione normativa è escluso ogni fatto consistente nell'inadempimento di obbligazione, altrove disciplinato (art. 1218 cod. civ.), sembra assai facile ricavare, dallo stesso dettato della legge, quelli che sono gli elementi della fattispecie (1) ivi contemplata, e denominata appunto « fatto illecito », individuandoli in: *a)* un fatto dell'uomo; *b)* un danno ingiusto legato al primo da un nesso di causalità (entrambi costituenti l'elemento materiale del « fatto illecito »); *c)* una particolare configurazione della condotta del soggetto agente (dolo o colpa, elemento soggettivo del fatto illecito).

Fatto, danno, rapporto che tra essi intercede: ecco il perno sul quale si incentra e ruota tutta la problematica dell'illecito civile. Resta comunque da accertare se, in una ricostruzione dog-

(1) Sul significato di questo termine assunto ad indicare il complesso di elementi astrattamente previsti dalla legge atti a descrivere e ad individuare un fenomeno cui la legge stessa ricollega un qualche giuridico effetto, v. anche, da ultimo, GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli 1949, p. 15, e, anteriormente RUBINO, *Le fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 3 e segg.; FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, p. 26.

matica degli indicati elementi, la impostazione e la terminologia legislativa debbano ritenersi, o non, esatti (2).

2. — La soluzione dei problemi ora posti non sembra, ad un primo sguardo, difficile. Fatto, si dice, è, e non può essere, che fatto dell'uomo. Qualunque condotta o comportamento umano è suscettibile di essere sussunto sotto la fattispecie normativa dell'art. 2043 cod. civ., consista esso in un'azione, complesso di atti o movimenti corporei rivolti ad un medesimo scopo e legati in genere tra loro anche da una successione temporale delimitata, od in un'omissione, ossia nel mancato compimento di un'azione prescritta dall'ordinamento giuridico. Senza l'esistenza di un soggetto come autore del fatto è impensabile l'applicazione della norma (3). Perciò non è fatto dell'uomo quello compiuto sotto l'impulso di una forza esterna, alla quale egli dovette inevitabilmente soggiacere senza potersene sottrarre, ed alla quale va ricondotta causalmente l'azione od omissione (c. d. forza maggiore: art. 45 cod. pen.) (4).

(2) Non sembra sia qui il caso di ricordare i precedenti romanistici cui il problema dell'illecito si ricollega, e ciò non soltanto perchè le attuali codificazioni non molto hanno conservato della *lex Aquilia* romana (così ROTONDI G., *Dalla lex Aquilia all'art. 1151 cod. civ.*, ripubblicato in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922 p. 571, 577), ma perchè la *ratio* delle relative norme di non poco è mutata col volgere del tempo. Non verranno quindi fatte citazioni di fonti, rinviando, per quanto attiene al diritto romano, ai pregevoli scritti del Rotondi, già ricordato, del VOCI, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel dir. romano classico*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, Milano, 1947, II, p. 361 e segg., e dell'ALBANESE, *Studi sulla lex Aquilia*, in *Annali dell'Univ. di Palermo*, 1950, p. 52 e segg.

(3) Art. 2043 cod. civ.: ...*obbliga colui che ha commesso il fatto...* Deve fin d'ora avvertirsi che non è possibile qui nè in seguito prendere in considerazione, siccome carenti di una condotta umana, quei fatti naturali che agiscono nel senso opposto nella sfera di due soggetti, o quelle situazioni indipendenti da azioni umane, quando l'ordinamento appresta i mezzi per rimuoverle. Al di fuori del « fatto dell'uomo » è inutile qualsiasi costruzione o ricostruzione dogmatica dell'illecito.

(4) V. in conformità H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 4^a ed., Paris, 1947, I, p. 455, i quali però, sembra non esattamente, pongono sullo stesso piano (*op. cit.*, II, 1949, p. 465 e segg.) la forza maggiore ed il caso fortuito (su cui v. *infra*

E quanto a ciò nulla v'è da eccepire. Ma pare piuttosto strano come, di fronte alla elaborazione dei concetti in esame che si è svolta nel campo del diritto penale, in cui l'illecito costituisce lo *Hauptproblem*, pochi dei risultati, che talora sono delle vere conquiste, cui ivi si è pervenuti, siano stati utilizzati nello studio dell'illecito civile. Gli scrittori e le leggi, per naturale conseguenza, sembrano ignorare che spesso proprio i medesimi problemi, gli stessi concetti e persino gli identici vocaboli vengono ivi, rispettivamente, dibattuti, analizzati ed adoperati con ben altra precisione e consapevolezza. Con ciò non si vuol dire che tutto quel che si è acquisito dai penalisti possa e debba essere trapiantato *sic et simpliciter* nell'indagine relativa all'illecito civile. Ma è innegabile che molte figure delineate dai penalisti sono figure di teoria generale, anche se ciò a qualcuno di essi può essere sfuggito, e per questo trovano applicazione in ogni branca del diritto. Certo alcune differenze, e notevoli, permangono. Così la normalmente completa irrilevanza della modalità con cui il c. d. fatto è posto in essere, vale a caratterizzare una diversità degna di nota tra la fattispecie normativa considerata e quella posta dalle norme penali, in cui l'attenzione del legislatore è invece essenzialmente diretta ad una tipizzazione della condotta, attraverso la individuazione di intenzioni, scopi, moventi dell'agente, e alla discriminazione dell'elemento soggettivo attraverso la distinzione tra reati dolosi e quelli colposi, o, quanto meno, attraverso la diversità delle giuridiche conseguenze prodotte dalla realizzazione colposa o dolosa del reato (5): anche se, forse, questa differenza possa con più fondamento ritenersi tendenziale. Infatti, in talune ipotesi e sia pure occasionalmente, anche la legge civile richiede particolari qualificazioni

testo n. 12; CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s. d., p. 92; anche e perspicuamente, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 2^a ed. Milano 1949, p. 215 il quale ritiene, invece, che la forza maggiore escluda l'attribuibilità psichica del fatto al soggetto.

(5) GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto*, Padova, 1950, p. 82; GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica"*, ecc. Milano, 1950, p. 47; qualche accenno anche in BARASSI, *Teoria generale delle obbligaz.*, 2^a ed. Milano, 1948, II, p. 526.

del fatto (es. art. 833 cod. civ.) (6). Ma ciò perde importanza di fronte alla constatazione che di « fatto » si parla anche, e per eccellenza, nel campo del diritto penale, e in senso non identico a quello per cui fatto è uguale ad azione od omissione.

Pur senza trascurare le incertezze che ivi si manifestano, e abbandonando quelle recenti teorie per cui la nozione di fatto verrebbe ad identificarsi con quella di fattispecie (7) e a rimaner priva così di buona parte, se non di tutta, la sua utilità, la migliore e più recente dottrina ritiene essere il fatto costituito dagli elementi obbiettivi della fattispecie, in quanto, almeno normalmente, possano venir riferiti alla coscienza ed alla volontà del soggetto (8). Rilievo, questo, non sfuggito di recente a qualche attento civilista (9), il quale peraltro vi perviene senza mostrar di avere consapevolezza dei precedenti studi dei criminalisti.

Questa concezione non si vede perchè non debba trovar accoglimento in diritto privato, nè può costituire ad essa ostacolo la dizione della legge (art. 2043 cod. civ.), la quale, manifestando le erronee vedute teoriche cui aderivano i suoi compilatori, non può certo vincolare ad esse l'interprete.

3. — Una volta intesa nel senso delineato la nozione del fatto, essa non si limita dunque alla pura condotta dell'agente (10), ma comprende qualche altra cosa che è al di là di essa, e precisamente ciò che ne costituisce la conseguenza giuridicamente rilevante (evento). Tra il complesso delle condizioni alle quali si collega una molteplicità di conseguenze, inte-

(6) V. *infra* testo n. 8.

(7) Ora NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, s. d., p. 16 e segg.

(8) V. con varie sfumature, in questo senso, DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova 1930, p. 111; ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, Breslau-Neukirch, 1928, p. 66.

(9) GORLA, *Sulla c. d. causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Studi in onore di Cicu*, Milano, 1951, I, p. 441 e segg., anche se poi le applicazioni non sempre appaiano accettabili.

(10) Questa è una terminologia pressochè sconosciuta tra i civilisti. V. però ora: GORLA, *op. loc. cit.*; CARNELUTTI, da ultimo in *"Perseverare diabolicum"*, in *Foro It.* 1952, IV, col. 97 e segg.; REDENTI, *Aspetti giuridici della tragedia di Superga*, in *Giur. It.*, 1953, IV, col. 50.

ressano, in questa sede, infatti solo quelle prese in considerazione dal diritto positivo. Quanto alle predette condizioni è sempre e soltanto la condotta dell'uomo che l'ordinamento ha di mira, come si è già notato. Circa poi le conseguenze della condotta, occorre procedere all'esame delle singole norme. Per l'art. 2043 cod. civ., che qui ne occupa, la conseguenza, senza dubbio, si identifica nel danno. E poichè conseguenza implica l'esistenza di un nesso di causalità rispetto alla condizione cui si riferisce, importa verificare se effettivamente il danno sia, o meno, conseguenza rispetto alla condotta.

Per orientarsi con sicurezza bisogna dunque precisare che cosa sia il danno, perchè proprio di qui si dipartono tutti gli equivoci. E non par dubbio che, nel senso del nostro codice civile, danno sia un pregiudizio, nocumento, che, come è dato argomentare *a contrario* dall'art. 2059, attiene al patrimonio di un soggetto (11) (12) e che consiste (art. 1223) nel gravamento

(11) Così ora, tra i molti, PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, 2^a ed., Napoli 1951, p. 119; BARASSI, *Teoria*, cit. II, p. 423, 529; DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1946, p. 30 e segg. e *passim*; VON TUHR, *Partie générale du Code Fédéral des obligations*, trad. francese, Lausanne, 1929, I, p. 68; v. anche INVREA, *La nozione del torto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1929, I, p. 279 e segg.; *contra* GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, Milano 1944, p. 30, 36 e *passim*, il quale definisce il danno come lesione di volontà. Sotto l'impero del vecchio codice, poichè nell'art. 1151 non v'era menzione dell'« ingiustizia », danno doveva intendersi anche come lesione di un diritto; in questo senso BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze 1906, p. 16 e precedenti *ivi*. Perciò la critica del PETROCELLI (*op. cit.* p. 62) non sembra giustificata relativamente alle opinioni professate in materia prima dell'abrogazione di tale codice, mantenendo però attualmente tutto il suo valore contro coloro che non hanno avvertito il mutamento legislativo; ad es. DI BLASI, *Dei fatti illeciti*, in *Il Circolo giuridico*, Palermo 1950, N. S. XXI, p. 182. In diritto francese, ove vige, in proposito, l'art. 1382 del cod. Napoleone, su cui l'art. 1151 del codice civ. del 1865 era modellato, la dottrina è peraltro restia ad ammettere il requisito dell'ingiustizia: H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, cit., I, p. 390 e segg., 410 e segg.

(12) Lo stesso articolo 2059 cod. civ. stabilisce che il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi determinati dalla legge. La sua identificazione non dà luogo a problemi dogmatici di particolare rilievo in questa sede. Basti qui accennare che il danno non patrimoniale non si restringe propriamente al dolore od alla sofferenza, ma, in genere,

di questo di un elemento passivo (c. d. danno emergente), o nella eliminazione da esso di un elemento attivo (c. d. lucro cessante), semprechè però tali pregiudizi o nocumenti, come è stato ben osservato (13), debbano considerarsi irremovibili. Tanto basta per designare il danno come una modificazione del mondo esteriore, rispetto alla quale ha senso porsi quegli interrogativi, in presenza dei quali (14) la natura di conseguenza non può con fondamento essere negata in ordine alla condotta: ossia data una certa condotta e un certo danno, se essa, una volta questo verificatosi, ne sia stata un antecedente necessario, e poi, accertato questo punto, quale parte debba alla condotta medesima essere attribuita nella ricostruzione del rapporto eziologico.

Dunque è possibile che il danno, nei confronti della condotta considerata, sia stato da essa causato; ed allora può a ragione considerarsi evento rispetto a quest'ultima. Segue che, poichè anche il danno è un elemento obbiettivo della fattispecie di cui all'art. 2043 cod. civ., e, per quanto premesso, il fatto in essa contemplato comprende tanto la condotta (azione od omissione), quanto il danno, il nesso di causalità che li lega si svolge, come sempre, nell'ambito del fatto, e non al di fuori di esso (15). Solo è da osservarsi che la causazione, rappresentando il ciclo del fatto (16), viene a collegare tra loro i momenti, le tappe, le situazioni intermedie tra quella iniziale e quella finale. E tale ciclo sarà più o meno lungo a seconda dei

si estende alla lesione di qualsiasi interesse non patrimoniale pertinente al soggetto. Assume, quindi, maggiore difficoltà la determinazione, caso per caso, del *quantum* del risarcimento. Su tutto ciò, che, ai fini del presente lavoro, non sembra necessitare di dettagliata illustrazione, v. ora, anche per richiami bibliografici, DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 30 e segg., 179 e segg., oltre, naturalmente, ai penalisti, in ordine alle ipotesi di cui all'art. 185 cod. pen. (MAGGIORE, *Diritto penale*, Bologna 1951, I, tomo 2°, p. 814 segg.; ANTOLISEI, *Manuale dir. pen.*, cit., p. 434 e segg.; RANIERI, *Manuale di dir. pen.*, Padova 1952, p. 595 e segg., ed *ivi* indicazioni di precedenti).

(13) SCADUTO e RUBINO, voce *Illecito*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VI, n. 4 p. 707.

(14) GALLO, *Il dolo*, I, Milano, 1952 pp. 86-87.

(15) CARNELUTTI, "*Perseverare diabolicum*", cit., col. 98.

(16) CARNELUTTI: *Teoria gen. del diritto*, 3ª ed. Roma, 1951, p. 193.

pregiudizi che verranno in considerazione. Così è chiaro che, in caso di distruzione di biglietti di banca di proprietà di un terzo, il danno non è altra cosa rispetto alla distruzione, ove si guardi alla pura perdita patrimoniale, ma è anche altra cosa, ove, invece, si faccia riferimento a danni ulteriori, quale quelli provocati dall'azione esecutiva di un creditore insoddisfatto. Ciò dimostra che, in corrispondenza di una condotta, possono verificarsi una pluralità di eventi, tutti conseguenza della prima, ma tutti ad essa riconducibili soltanto attraverso uno di essi, che costituisce antecedente rispetto agli altri; ad es., sospensione dei lavori di costruzione di un fabbricato a seguito di ordine illegittimo del Sindaco, impartito in caso in cui egli non ne aveva il potere; e poi, ancora, l'inadempimento di obbligazioni precedentemente contratte per acquisto di materiali, il fallimento dell'imprenditore, il realizzo, con grave perdita, del valore dell'opera compiuta, ecc.

4. — Sembra così consentito di svolgere qualche rilievo sul dibattuto problema del nesso di causalità tra condotta e danno. Che questo nesso esista, nessuno discute, ma è controverso il modo con cui esso è giuridicamente disciplinato. Già si è notato che il rapporto causale si svolge compiutamente entro l'ambito del fatto così come deve essere rettammente inteso. Ora qui occorre tener conto della distinzione operata tra l'evento-danno, senza il quale gli altri non sussisterebbero, che conviene, per comodità, chiamare evento-base, e gli altri eventi-danni, la cui sussistenza non è necessaria per la realizzazione della fattispecie di cui all'art. 2043 cod. civ. Il rapporto eziologico condotta-evento base trova la sua regolamentazione nel codice penale (artt. 40-41) (17). L'art. 1223 cod. civ., che spesso viene considerato il testo fondamentale della causalità giuridica nel campo del diritto civile (18) e che, con formula

(17) V., nel campo del diritto civile, le osservazioni del LEONE, *Nesso causale tra colpa e danno*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1913, p. 577 e segg. (in cui è però da notarsi l'improprietà di considerare la colpa quale causa del danno).

(18) V. GORLA, *Sulla c. d. causalità giur.*, ecc., cit. p. 433 e segg., ove richiami di dottrina in questo senso; analogamente DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 108. Restringe ora invece la portata giuridica del prin-

alquanto imprecisa, afferma che il danno è risarcibile quando sia « conseguenza immediata e diretta » del fatto (*recte* della condotta), è, sotto questo riguardo, completamente inutile. Se in conformità ai principi generali posti, ripetesi, nel codice penale, è da riconoscersi che l'evento-base è effetto della condotta, nessun'altra ulteriore indagine dovrà essere compiuta ai sensi dell'art. 1223 cod. civ. Ma se, per contro, altri eventi danni — che, si noti, sono penalmente irrilevanti — si saranno verificati, deve allora tenersi presente l'art. 1223 cod. civ. per accertare se essi possano, o non, considerarsi ancora conseguenza immediata rispetto alla condotta. Perciò non crediamo si possa negare (19) in ogni caso l'esistenza di un nesso causale tra evento-base ed eventi-danni ulteriori, tutti identificati nel primo (20), nè ritenere (21), partendo da una esatta premessa, che si abbia una causalità non giuridica entro il fatto ed una causalità giuridica al di fuori del fatto. Quali siano poi, in particolare, i rapporti tra la nozione di causalità in genere (artt. 40-41 cod. pen.) e quella particolare dell'art. 1223 cod. civ., non è qui dato esaminare, ma certo l'indagine, finora non condotta, porterebbe a risultati assai interessanti.

Piuttosto potrebbe dar luogo a qualche dubbio l'ammissibilità di un nesso eziologico quando la condotta si concreti

cipio causale in diritto penale il MUSOTTO, *Il problema del rapporto di causalità nel diritto penale*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, 1952, II, p. 237 e segg.

(19) CARNELUTTI, *Perseverare* ecc. cit., col. 100.

(20) Sembra criticabile il CARNELUTTI, (*Teoria gen. del reato*, Padova, 1933, p. 231) quando afferma che il reato è danno (in senso civilistico): il danno, in questa accezione, come pregiudizio economico, non è per fermo elemento costitutivo del reato o, quanto meno, non lo è necessariamente. E' ben vero che il danno è condizione indispensabile affinchè sorga l'obbligo di risarcirlo, ma questo ragionamento, se è esatto per quanto attiene alla fattispecie di cui all'art. 2043 cod. civ., non lo è altrettanto quando si pretenda di riferirlo all'illecito penale. In quest'ordine di idee è, invece, PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., p. 123, 129.

(21) GORLA, *op. cit.*, p. 445 e segg. A proposito della polemica GORLA-CARNELUTTI v. ora le osservazioni dell'ONDEI, *L'estensione oggettiva della responsabilità*, in *Foro Padano*, 1953, III, col. 49 e segg.

in un'omissione (22), sembrando illogico far scaturire un risultato positivo da una causa negativa; ed infatti sarebbe arduo isolare, nel mondo naturale, una entità individuabile come omissione. Qui però ha interesse esclusivamente la concezione normativa di questa (23). Si tratta, innanzi tutto, di un problema di attribuzione di rilevanza giuridica ad una condotta, tra le indefinite possibili e qualificabili come non fare di fronte ad un determinato comportamento attivo, ed è noto che qualsiasi *aliud agere* è un non fare nei riguardi di esso. Ciò è dato ottenere quando quel comportamento costituisca un fare, cui il soggetto sia tenuto in base ad un dovere a lui imposto da norme giuridiche od anche extragiuridiche, ad es. regole di condotta stabilite dall'esperienza, ma pur sempre rilevanti per l'ordinamento. Così precisato il concetto di omissione, il nesso causale tra il non fare *a* e l'evento-danno *c* può essere descritto anche con la formula che il fare corrispondente avrebbe impedito che *b* causasse *c*, o che si verificasse *b* antecedente causale di *c*; oppure ancora, quando l'evento-danno sia un risultato negativo, come il mancato guadagno (*— c*), che il fare corrispondente avrebbe permesso l'accadere di *b*, antecedente causale di *c*: ciò che consente, fatte salve le esigenze della logica, di considerare *c*, o, rispettivamente, *— c*, come conseguenza di *a*.

5. — Il danno deve essere ingiusto (art. 2043 cod. civ.). Vero è che non mancano coloro i quali hanno voluto negare un qualsiasi significato a tale enunciazione legislativa (24), ma non

(22) Sul problema, ampiamente, ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel dir. pen.*, Padova, 1934, p. 118 e segg., 198 e segg. Per l'irriducibilità, sotto un comune concetto, dell'azione e dell'omissione, RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin, 1903, p. 140 e segg., 142.

(23) Cfr. da ultimo, in proposito, GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 56-57 e nota 53 a p. 56. Parla espressamente di realtà normativa il CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giur.*, Catania, 1936, p. 81.

(24) PACCHIONI, *Obbligazioni e contratti* (commento al libro IV cod. civ.), Padova 1950, p. 149, ma già, sotto l'impero del vecchio codice (v. però *retro* nota 11), *Delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 50; v. anche l'opinione del medesimo, poi abbandonata, in *Studi in me-*

sembra siano da seguire. Anche sotto l'impero del codice abrogato, sebbene l'art. 1151 cod. civ. 1865 non vi accennasse esplicitamente, era dai più ammessa la necessità di una contrarietà all'ordinamento giuridico, come, del resto, indica l'uso lessicale del termine ingiustizia. Resta però sempre da chiarire: 1°) a quali elementi della fattispecie considerata detta contrarietà debba riferirsi; 2°) in quale modo essa debba manifestarsi.

Circa il primo punto non va sottovalutato che la legge fa dell'ingiustizia una qualità del danno e non della condotta, il che è, a rigore, criticabile, perchè l'ingiustizia non è propria nè della condotta, nè del danno, ma si riverbera su entrambi, ossia sul fatto in tutti i suoi elementi materiali. Di ciò la miglior prova è costituita dall'uso indiscriminato, cui la dottrina è ormai avvezza, di espressioni quali: danno ingiusto e fatto, nel senso di condotta, ingiusto, senza che venga sempre avvertita pienamente la loro unilateralità. Tali espressioni tendono a dare soddisfazione ad una esigenza imprescindibile dell'interprete, il quale deve, a pena di fallimento del suo operato, fornire un criterio di accertamento e di individuazione di quella contrarietà all'ordine giuridico che, di per sé, non può non essere, in ultima analisi, puramente formale; deve cioè scendere, preliminarmente, alla indagine del « fatto » per conoscere come e quando ed entro quali limiti tale contrarietà si manifesti.

Ecco perchè, e qui si giunge all'esame del secondo punto sopra posto, può avere notevole rilievo rivolgere, in un primo momento, l'attenzione al danno piuttosto che alla condotta. Infatti la contrarietà all'ordinamento della mera condotta del soggetto non sempre si riflette sul danno da essa arrecato, come ogni volta in cui, anche senza tale ingiustizia, pure con una condotta conforme a legge, il danno si sarebbe ugualmente verificato (25). Ove invece l'ingiustizia si riferisca, in via di prima approssimazione, al danno, sarà in seguito possibile stabilire il modo d'essere della condotta che lo ha causato, con l'avvertenza che i due fenomeni sono tra loro indissociabili, e

moria di C. Ferrini, 1947, II, p. 174 e segg.; nello stesso indirizzo, se non andiamo errati, BARBERO, Sistema istituzionale del dir. priv. ital., 2ª ed., Torino, 1949, II, p. 726 e segg.

(25) V. anche, per un'altra ipotesi, testo *infra* n. 6.

che la scomposizione è dovuta soltanto a ragioni di comodità d'indagine. Poichè danno è modificazione in senso negativo del patrimonio altrui, segue che la sfera economica del soggetto deve essere lesa insieme con la sua sfera giuridica. Il rapporto tra di esse verrà più oltre precisato. Ora basta stabilire questo legame di cui, d'altro lato, hanno dimostrato di avere chiara coscienza gli stessi compilatori del codice civile (26). La questione viene così a risolversi nell'altra: in che cosa consiste tale sfera giuridica (27).

Che essa sia costituita, dal punto di vista attivo, dai diritti soggettivi (28) c. d. assoluti (29) si ammette senza contrasti.

Più delicato è invece il problema se in tale sfera vadano ricompresi anche i diritti c. d. relativi, ossia quei diritti che

(26) V. *Relazione Ministeriale* al libro delle obbligazioni, n. 267.

(27) Per un'acuta disamina di tutte le possibili interpretazioni dell'espressione: « danno ingiusto » v. DEIANA, *La tutela del locatario per le molestie di fatto*, estratto dagli *Annuali Triestini*, 1945, p. 16 e segg. A questa ricchissima problematica non fa riscontro, deliberatamente, alcuna personale presa di posizione.

(28) Sul concetto di diritto soggettivo ci permettiamo di rinviare al nostro recente studio: *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1952, p. 624 e segg. Qui preme sottolineare come in tale studio si sia tentato di dimostrare che l'elemento dell'interesse non coincide con la essenza di questa situazione soggettiva, ma ne costituisce soltanto, per così dire, il sostrato: l'osservazione manifesterà il suo rilievo nel corso del presente lavoro.

(29) Tra i quali è da ritenersi siano ricompresi i c. d. diritti della personalità, la cui natura di diritti si è tentato invece autorevolmente di negare (ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, II, p. 717-718; SCADUTO-RUBINO, voce *Illecito*, cit., p. 703 n. 1 A; per osservazioni in qualche modo analoghe ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1951, p. 347-348). La dottrina è tuttavia in maggioranza conforme: SANTORO-PASSARELLI, *Istituz. dir. civ.*, 2^a ed., Napoli, 1945, p. 28; VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano 1947, p. 173 e segg.; ALLARA, *Le nozioni fondamentali del dir. civ.*, Torino, ed. 1949, p. 632 e segg.; BARBERO, *Sistema istituz.*, cit., I, p. 487 e segg.; GIANNINI M. S., *Lezioni dir. amm. cit.*, p. 69; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1950, *passim*; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2^a ed., Padova 1952, p. 480 e segg.

costituiscono il lato attivo di un rapporto intercedente tra persone determinate (30). Non v'ha dubbio che essi, come tali, fanno parte del patrimonio giuridico del soggetto; ma si tratta di vedere se sia configurabile una loro lesione ad opera di un terzo non obbligato alla prestazione (31).

Giova premettere che il problema, così impostato, non ha senso, ove si affermi, come fa una parte della dottrina (32), che i diritti relativi, ed in particolare il diritto di credito, godono, oltrechè di una tutela interna relativa alla prestazione dedotta nel rapporto, di una tutela esterna consistente in un obbligo di tutti i consociati di non ledere il diritto relativo. È evidente,

(30) E' ovvio che i diritti relativi, per quanto riguarda tali persone, sono presi in considerazione dall'art. 1218 cod. civ., e non dall'art. 2043, per cui l'ipotesi non interessa, sotto questo profilo, in questo momento.

(31) Sul problema v., in vario senso, oltre ai recenti pareri *pro veritate* resi per l'Associazione Calcio Torino e per la Soc. Ali Flotte Riunite, in causa originata dal noto disastro aereo di Superga, taluni dei quali già pubblicati in Riviste, CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1915, I, p. 554 e segg.; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto privato*, 7^a ed., Messina 1934, I, p. 202; BARASSI, *Teoria gen. obbligazioni*, II, p. 424; DEIANA, *La tutela del locatario*, cit., nota 27 pag. 22; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Catania, 1945, p. 92; AULETTA, da ultimo in: *Istituz. dir. privato*, Napoli, 1946, p. 76; DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 286 e segg.; CICU, *Le obbligazioni nel patrimonio del debitore*, ora ripubblicato, Milano, 1948, p. 85; HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Paris, 1910, p. 209 e segg.; DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1933, VII, p. 597 e segg.; THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, trad. italiana del Levi, Padova, 1939, p. 198 e segg.; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. ital., Torino, ed. 1930, II, § 455 nota 17; OERTMANN, *Der Schadenersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten*, Berlin, 1900; WOLLBURG, *Fallen Forderungsrechte unter den Begriff "sonstiges Recht" im § 823 B. G. B.?*, Rostock, 1904; oltre i commentari germanici sul § 823 B. G. B. V. soprattutto, per un'approfondita disamina dell'intero problema, A. FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1952, *passim*, con ulteriori amplissime indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

(32) CICU, *Le obbligazioni*, loc. cit.; DE RUGGIERO, *Istituz.* loc. cit.; AULETTA, *Istituzioni*, loc. cit.; BARBERO, *Responsabilità aquiliana per lesione di rapporto personale*, in *Foro Pad.*, 1951, III, col. 157 e segg.; BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, I, p. 118; NEUNER, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel, 1866, p. 70 e *passim*.

per quanto i seguaci della tesi non sempre se ne siano resi conto, che, in tal modo, non si fa più questione della lesione di un diritto relativo, ma della lesione di un diritto assoluto, che si aggiungerebbe al primo a tutela del creditore di fronte agli attacchi dei terzi. Questa teorica, però, oltre a compromettere gravemente, se non addirittura ad eliminare, la distinzione tra diritti assoluti e relativi, non trova alcun saldo fondamento nel diritto positivo. Dire che un obbligo dei terzi di non pregiudicare il diritto relativo si desume dall'art. 2043 cod. civ., significa dare per dimostrato proprio ciò che si deve dimostrare: costituire, cioè, la lesione di un diritto relativo l'« ingiustizia » di cui all'articolo citato.

Ciò premesso, occorre aggiungere che il problema, oltre alle due soluzioni estreme, positiva e negativa, ha trovato in dottrina varie soluzioni intermedie. Così, per limitarci alle principali, si è sostenuto da taluno (23) che il terzo è obbligato al risarcimento solo in caso di dolo; da altri (34), soltanto in ipotesi di estinzione di un rapporto obbligatorio con prestazione infungibile per uccisione del debitore e non anche in ipotesi di estinzione di un rapporto obbligatorio per impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al debitore; per altri (35), ancora, l'obbligo di risarcimento del terzo sussisterebbe soltanto qualora si potesse parlare nei suoi confronti di danno ingiusto già per causa diversa dalla lesione del diritto di credito.

Nessuna delle soluzioni intermedie sembra accoglibile: non la prima, non essendovi alcuna ragione per derogare ai principi generali in materia di elemento soggettivo del fatto (36); non la seconda, non essendovi alcun motivo per trattare diversamente il creditore di una *res certa*, cui venga dal terzo distrutta la cosa dovuta, e il creditore di una prestazione infungibile, cui venga dal terzo ucciso il debitore; non infine l'ultima, perchè, una volta ammesso che colui il quale realizza la fatti-

(33) BETTI, *Limiti giuridici della responsab. aquiliana*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, I quadr., p. 781 e segg.

(34) GRECO, *Se una Associazione calcistica ha diritto al risarcim. del danno*, ecc., in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, I, p. 422 e segg.

(35) THON, *Rechtsnorm*, ecc., loc. cit.

(36) V. *infra* testo nn. 11, 12.

specie dell'art. 2043 cod. civ. non debba risarcire solo il danno causato al titolare del diritto (assoluto) leso, non v'è alcuna ragione per limitare la cerchia degli altri danni risarcibili a quelli arrecati con violazione di un diritto soggettivo relativo, escludendo quelli consistenti nella lesione di un semplice interesse, in quanto, nel caso, il diritto relativo viene a rilevare unicamente come pregiudizio economico, ossia come danno.

Ritornando dunque alle due soluzioni estreme, l'unico argomento di un certo peso a favore della possibilità di lesione di un diritto relativo da parte di un terzo, è quello desunto dal fatto che con l'opposta opinione è ben difficile, per non dire impossibile, giustificare quella risarcibilità del danno subito dai congiunti, creditori alimentari dell'ucciso, che è ormai da tutti pacificamente ammessa. Peraltro non va taciuto che la soluzione positiva conduce anch'essa a delle conseguenze ben difficilmente accettabili, e già denunciate da tempo nella dottrina germanica (37).

A favore della soluzione negativa sta però, oltre la tradizione del diritto romano e comune, e in aggiunta ad altri argomenti di contorno, l'espresso disposto dell'art. 1259 cod. civ., il quale stabilisce, in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore, la surroga *ex lege* del creditore nei diritti spettanti al primo nei confronti del terzo. Ora di una surroga del creditore nei diritti del debitore non vi sarebbe bisogno, ove egli disponesse di un'azione diretta contro il terzo. La forza di questo argomento è solo parzialmente intaccata dalla considerazione che la norma di cui si tratta trova applicazione, oltre che nei confronti del diritto al risarcimento dei danni verso il terzo, anche nei confronti del diritto all'indennità di assicurazione. Vero è invece che il legislatore, dettando la norma dell'art. 1259 cod. civ., aveva presente, se non esclusivamente, in modo preminente il caso del diritto al risarcimento dei danni, onde non è azzardato pensare che la disposizione non sarebbe stata posta, se avesse dovuto operare solo nei casi marginali di indennità di assicurazione.

Pur non nascondendo la difficoltà del problema, sembra

(37) THON, *op. loc. cit.*