

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

RIVISTA BIMESTRALE DI DOTTRINA, GIURISPRUDENZA E LEGISLAZIONE

DIRETTA DA
GIOVANNI IUDICA - UGO CARNEVALI

Si segnalano all'attenzione del lettore

Cass. pen., 27 dicembre 2000, *sulla diffamazione "a mezzo Internet" e questioni di giurisdizione*

Cass. pen., 13 novembre 2000, *sulla risarcibilità del danno al nascituro*

Trib. Roma, 5 ottobre 2000, *sulla disciplina delle clausole vessatorie e il contratto di assicurazione: la prima sentenza dopo la stagione delle ordinanze*

Cour de Cassation, Assemblée plénière, 17 novembre 2000, *sulla erronea consulenza medica prenatale e nascita di bambino malformato*



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2001

conseguente alla morte del padre del nascituro che, fin dal momento della nascita, è stato privato dell'assistenza materiale ed economica che il padre era tenuto a fornirgli.

Parimenti indubitabile è il diritto del minore al risarcimento del danno non patrimoniale sussistendo i presupposti previsti dal combinato disposto degli artt. 2059 c.c., 185 c.p. e 74 c.p.p.; ma il danno non patrimoniale merita due precisazioni. Innanzitutto che non può riferirsi (come ritiene la citata Trib. Monza 8 maggio 1998) alle sofferenze intrauterine non esistendo attualmente una valida dimostrazione scientifica che il feto possa subire tali effetti provocati dal grave turbamento subito dalla gestante. In secondo luogo che il giudice della liquidazione dei danni dovrà accertare il momento iniziale del verificarsi del danno morale che dovrà coincidere con il momento, da individuare secondo criteri di probabilità statistica, in cui il minore inizierà a prender coscienza della mancanza della figura paterna subendo le conseguenti sofferenze che derivano dall'avvertire tale mancanza.

Per quanto riguarda infine il danno biologico, pur non essendo trasmissibile agli eredi quello della persona deceduta nell'immediatezza del fatto illecito (v. di recente Cass., Sez. III civ., 25 febbraio 2000 n. 2124; 14 febbraio 2000 n. 1633; 29 novembre 1999 n. 1336), ne è ammessa la astratta risarcibilità, *jure proprio*, a favore dei prossimi congiunti (v. Cass., Sez. III civ., 25 febbraio 2000 n. 2134) ma la sua esistenza in concreto dovrà essere accertata, nel giudizio di liquidazione del danno, secondo gli ordinari criteri, ove venga dimostrata una stabile compromissione della salute psicofisica del minore.

V. In base alle considerazioni svolte il ricorso deve dunque essere rigettato. Al rigetto del ricorso conseguono la condanna al pagamento delle spese di giudizio e alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile nella misura indicata in dispositivo. (*Omissis*).

(1-3) Il « danno del nascituro » e (molto) altro in una pronuncia della Cassazione penale: un'occasione per riflettere sulla svolta giurisprudenziale in tema di struttura dell'illecito civile.

1. Anche la Cassazione penale si pronuncia sul tema del diritto del nascituro al risarcimento del danno derivante da responsabilità extracontrattuale con una decisione che si segnala per l'ampiezza della motivazione e l'attenzione, invero inusuale per un giudice penale, manifestata nei riguardi di una « questione civile » peraltro assai dibattuta.

Principale merito della sentenza è quello di distinguere nettamente le due questioni di diritto attinenti da un lato ai ricorrenti tentativi di attribuire al concepito una soggettività giuridica peculiare o di « affermare un ampliamento della sua capacità giuridica » e dall'altro all'analisi della compatibilità della fattispecie del « danno del nascituro » con la struttura stessa della responsabilità da fatto illecito, problematiche queste tuttora sovente confuse e sovrapposte tanto in giurisprudenza che in dottrina (1).

Sotto il primo profilo la decisione in commento, ponendosi in controtendenza rispetto ad alcune pronunce di merito (2), ha rilevato come non appaiono

(1) Per un'analisi di tali problematiche: MIOTTO, *Il nascituro e la responsabilità aquiliana ovvero della possibile diacronia di condotta illecita ed avveramento del danno*, in questa *Rivista*, 1998, 1120.

(2) App. Trento, 18 ottobre 1996, Pres. Santaniello, Est. Chiaro, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 633, con nota di CASSANO - DELVECCHIO, *Diritto a nascere sani e responsabilità civile: un inventario di questioni ed un risarcimento miliardario*; Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in questa *Rivista*, 1990, 1039, con nota di NAVARRETTA, *Il diritto di nascere sano e la responsabilità del medico*.

affatto convincenti i tentativi di «far riferimento alle norme costituzionali che consentirebbero un'interpretazione adeguatrice» dell'art. 1, comma 2, c.c. (ed in particolare agli artt. 2, 31 e 32 Cost.), così come quelli volti ad ampliare la protezione giuridica assicurata al nascituro dall'anzidetta disposizione codicistica (e da quelle cui questa fa rinvio) sulla scorta di alcune norme di legge ordinaria (art. 1 l. n. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, art. 1 l. n. 405/1975 sull'istituzione dei consultori familiari).

La Corte, dopo aver rammentato la natura di norma eccezionale rivestita dal citato art. 1, comma 2 c.c., osserva anzitutto che per tale via, più che ad un'interpretazione estensiva della stessa, astrattamente ammissibile, si tende in realtà ad una sua interpretazione analogica, vietata per le norme eccezionali dall'art. 14 delle preleggi.

Essa poi sottolinea che le disposizioni richiamate allo scopo indicato sembrano operare su un piano prettamente pubblicistico «diretto a fornire una sempre maggior tutela alla maternità», più che a costituire posizioni giuridiche attribuibili direttamente al nascituro, prospettando questa che la Corte, con indubbio realismo, rileva essere contraddetta, fra l'altro, dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, con la cui approvazione «la tutela dell'embrione si è non ampliata, ma ridotta» (3).

È evidente che il dibattito sulla soggettività del nascituro sembra oggi fortemente condizionato da problematiche che trascendono, per importanza giuridica e rilievo socio-politico (4), quella della sua tutela aquiliana e con riguardo alle quali si confrontano e frequentemente si scontrano concezioni assai diverse: sotto questo profilo appare appropriato il richiamo della Corte nel senso che «compito della giurisdizione è quello di fornire solide basi interpretative alla soluzione dei problemi etici che hanno implicazioni giuridiche; non quello di sovrapporre la propria visione morale alle norme positive».

Peraltro l'opportuno richiamo alla necessità di fondare la giurisprudenza su «solide basi interpretative» pare quanto mai attuale anche per ciò che attiene al dominio della responsabilità civile, tant'è che la stessa decisione in commento, sotto questo profilo, non si sottrae a più di qualche critica, come si evidenzierà più oltre.

2. Contestualmente alla valutazione negativa degli anzidetti tentativi di costruire una soggettività del nascituro che travalichi i ristretti limiti codicistici, la Corte osserva che «in realtà, nel caso della responsabilità extracontrattuale, il problema della tutela del nascituro concepito successivamente nato può trovare

(3) Da parte della dottrina si registrano, invece, ricorrenti tentativi di prospettare una soggettività giuridica peculiare del nascituro, sovente fondandola sulla distinzione fra la nozione di «uomo» o di «individuo» rispetto a quella di «persona», cui si vorrebbero rinvenire ascendenti di rango costituzionale, con particolare riferimento ai «diritti inviolabili dell'uomo» tutelati dall'art. 2 ed al termine «individuo» impiegato in luogo di quello di «persona» nel testo dell'art. 32. A tali argomenti si aggiunge o sovente si sovrappone l'attribuzione al nascituro della qualifica di «centro autonomo di interessi», al fine di giustificare la riferibilità ad esso di diritti non espressamente prevista dalle disposizioni codicistiche. In proposito si vedano, ad esempio: CASSANO - DEL VECCHIO, *op. cit.*; ZATTI, *Diritti del non-nato ed immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 112.

(4) Si pensi alle questioni connesse all'interruzione volontaria della gravidanza, alla «fecondazione assistita», alla sorte degli embrioni crioconservati, alla ipotizzata possibilità di clonazione umana, che implicano problematiche veramente fondamentali di politica del diritto.

una ragionevole e positiva soluzione con l'applicazione dei principi in tema di responsabilità civile per fatto illecito la cui struttura è delineata dall'art. 2043 c.c. ».

In effetti, altro merito non da poco da ascrivere alla Cassazione penale è quello di aver enunciato per la prima volta *apertis verbis* in giurisprudenza che il problema della risarcibilità del danno del nascituro è facilmente risolvibile sul piano della teoria generale della responsabilità aquiliana, senza necessità di ricorrere alla prospettazione di una capacità giuridica «anticipata» del nascituro (5).

La Corte, con ciò, coglie il nodo centrale del problema, rappresentato da un danno che, nella realtà delle cose, si produce non già contemporaneamente all'attuarsi della condotta illecita, ma successivamente a questa, nel momento della nascita, per perpetuarsi poi successivamente a questa.

In ipotesi di danno da uccisione del genitore, ad esempio, il danno morale del nascituro consiste, infatti, nella sofferenza per tale luttuosa perdita, che egli avvertirà non già durante la vita intrauterina, quando si attua la condotta illecita che tale perdita cagiona, ma successivamente alla nascita, quando egli potrà percepirla ed elaborarla in termini psico-affettivi.

Analogamente è da dirsi per il danno patrimoniale e per gli altri danni di cui il nascituro potrà risentire solo una volta nato.

Il «danno del nascituro» è, pertanto, in realtà, il «danno di una persona effettivamente nata», come esattamente osserva la Corte.

Logica conseguenza è che «se la nascita non si verifica ... il danno ingiusto non sorge».

Il tutto in piena coerenza col disposto dell'art. 1, comma 2 c.c., poiché il danno, nel caso in cui si verifichi, viene risentito da una persona pienamente capace e, dunque, suscettibile di esser titolare di quei diritti che possono esser lesi della condotta illecita del danneggiante.

Tale ultimo rilievo implica che, nel caso del nascituro, al contrario di quanto mostra di ritenere la decisione annotata, non v'è alcuna necessità di scomodare il «superamento della tradizionale impostazione che individua il fatto illecito nella lesione del diritto soggettivo» per realizzare un'«estensione della tutela giuridica di interessi in passato privi di tutela», quale da tempo perorato da una parte della dottrina e recentemente accolto dalla Cassazione civile con le note decisioni in tema di risarcibilità della lesione degli interessi legittimi (6).

Nel caso del nascituro, infatti, le posizioni giuridiche lese dall'illecito hanno indiscutibilmente natura di diritto soggettivo, al pari di quelle che qualunque altra persona che venga a trovarsi nella medesima condizione può vantare: in questo caso parliamo, infatti, dei diritti del «nato», come la Corte stessa ci ricorda, e non già di interessi variamente qualificati (legittimi, diffusi...), di aspettative o di altro diritto soggettivo non sia (7).

(5) In effetti, e da tempo, autorevoli posizioni dottrinarie avevano segnalato come «alla soluzione affermativa della responsabilità, e quindi dell'obbligo di risarcimento, si è giunti sulla base del regime della responsabilità aquiliana, senza bisogno di costruire una parziale o anticipata capacità del nascituro» (RESCIGNO, voce *Nascita*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, 2).

(6) Sez. Un. civ., 22 luglio 1999, n. 500 — e n. 501 —, in questa *Rivista*, 1999, 981 e in *Foro it.*, 1999, I, 2487.

(7) Sul punto si vedano: MIOTTO, *op. cit.*, 1139; ZENO ZENCOVICH, *Il danno del nascituro*, in *Corr. giur.*, 1994, I, 690.

3. È degno poi del massimo interesse il fatto che, anche in questo caso per la prima volta, venga esplicitamente consacrato in una decisione del giudice di legittimità il principio per cui la struttura dell'illecito civile, quale si può desumere dall'art. 2043 c.c. e delle altre disposizioni che regolano la materia, non esige «l'esistenza di un criterio di contemporaneità tra la condotta e il danno», per cui quest'ultimo ben può «verificarsi in un momento successivo alla condotta».

A ben guardare, infatti, si tratta di una questione cui la dottrina ha dedicato ben poco interesse e che la giurisprudenza ha sempre dato per scontata, laddove ha ammesso, ad esempio, la risarcibilità del «danno futuro», che di per sé implica la posteriorità dell'attuarsi del danno rispetto a quello della condotta illecita (8), posto che «la condanna al risarcimento del danno futuro presuppone che questo derivi da una causa lesiva, di natura contrattuale o extracontrattuale, già verificatasi» (9) oppure ha ritenuto risarcibili danni che erano ancora di là da venire nel momento in cui il danneggiante aveva posto in essere la condotta illecita (10).

Il chiarimento è, tuttavia, molto importante per delineare con maggior precisione i caratteri del rapporto di causalità tra condotta e danno e per affermare che tale criterio non opera in termini cronologici di «contemporaneità», e cioè di immediatezza o contiguità temporale, ma di «normale idoneità» della condotta a produrre il danno verificatosi, secondo un giudizio di adeguatezza causale, ancorché questo si sia attuato a distanza di tempo dalla prima (11).

In tal senso non sussistono, dunque, limitazioni di ordine temporale, e anche pregiudizi verificatisi in epoca successiva al momento in cui si verificò la condotta illecita sono risarcibili, laddove siano cionondimeno casualmente ricollegabili a quest'ultima, in termini di «causalità adeguata».

È proprio una corretta impostazione teorica della natura e dei caratteri del rapporto di causalità, tale da escludere la rilevanza dell'elemento cronologico, che conduce a risolvere il problema della tutela aquiliana del nascituro, come la Cassazione penale ha percepito, laddove essa ha precisato che nella specie si tratta dei danni del «nato», cagionati da un «fatto illecito compiuto anteriormente alla sua nascita» che «si manifestano successivamente» a questa, ma che tale discrasia temporale non è di ostacolo alla loro risarcibilità (12).

La Corte, per risolvere il problema, avrebbe potuto e dovuto fermarsi qui.

4. Senonché essa, forse per la forza evocativa di un argomento che pare suscitare per sua natura riflessioni sui massimi sistemi della teoria giuridica, forse per la irresistibile suggestione dei temi trattati dalla Cassazione civile nelle

(8) Si vedano, a questo riguardo, ad esempio, la pacifica giurisprudenza in tema di danno patrimoniale da invalidità permanente (per tutte: Cass. civ., 18 maggio 1999, n. 4801, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1094) oppure la costruzione del danno da «perdita di chances» in termini di «danno futuro» (Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno e rep.*, 1999, 534).

(9) Cass. civ., 23 novembre 1998, n. 11876, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, n. 11876.

(10) Cass. civ., Sez. III, 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro it.*, 1982, I, 2864.

(11) In dottrina si vedano: TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 20; BONVICINI, *La responsabilità civile*, Milano, 1971, 400; e con specifico riguardo alla problematica del «danno del nascituro»: RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 614 (citato testualmente dalla Corte in un passaggio della motivazione della sentenza che si annota).

(12) In proposito si veda il commento alla sentenza annotata da P. MOROZZO DELLA ROCCA, in *Corr. giur.*, 2001, 356.

citare decisioni sulla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, è andata ben oltre.

Lo spunto per una penetrante incursione nel territorio della teoria generale dell'illecito civile le è stato offerto dalla contestazione di un precedente della Cassazione civile (13) che aveva negato la risarcibilità del « danno del nascituro » sulla base della mancanza, nella fattispecie, di un « rapporto intersubiettivo attuale » tra danneggiante e danneggiato.

In realtà la questione era facilmente risolvibile sulla scorta della rilevata non necessità di un rapporto di contemporaneità tra condotta e danno e dunque di una corretta impostazione del rapporto di causalità; né essa poneva particolari difficoltà sotto il profilo dell'ingiustizia del danno, ove si fosse posto mente al fatto che (come la stessa decisione annotata aveva evidenziato) il « danno del nascituro » è in realtà il « danno del nato », e, dunque, ciò che l'illecito va a ledere è un diritto soggettivo di quest'ultimo.

La Cassazione penale, invece, è giunta a negare la « necessità di un rapporto intersoggettivo attuale » seguendo un percorso completamente diverso e cioè sulla scorta di una radicale rivisitazione della teoria dell'illecito civile, dichiaratamente rivolta a recepire quelle posizioni dottrinali (identificate dalla decisione in esame con « la dottrina giuridica » *tout court*) che, rispetto alle « teorie tradizionali », secondo le quali l'illecito civile si identifica nella violazione di un diritto soggettivo assoluto posto da una norma di relazione, hanno postulato « una visione assai meno riduttiva dell'illecito », tale da estenderlo alla violazione dei diritti di credito e, oltre a questi, « di interessi legittimi, di interessi difusi, di aspettative » non tutelati da norme di relazione; tale violazione consisterebbe, per la Corte, anche solo in un « invasione (non vietata ma) non autorizzata » di tale più ampia sfera giuridica del soggetto, e dunque potrebbe identificarsi pure in un atto lecito dannoso.

Ribadito che tale rivisitazione teorica esulava dalle necessità motivazionali poste dall'oggetto del contendere e rilevato che le questioni che essa pone sono di tale ampiezza da esulare dai limiti delle presenti annotazioni, questa parte della decisione in commento fornisce tuttavia più di qualche spunto per una prima rimediazione sulla svolta attuata dalle Sezioni Unite civili (e confermata dalla Cassazione penale con la decisione annotata) in tema di struttura dell'illecito civile.

5. Secondo la Cassazione penale, il superamento della « concezione tradizionale » dell'illecito civile, che intende il « danno ingiusto » in termini di lesione dei soli diritti soggettivi assoluti ed è dunque « fondata su norme di relazione » (14), è imposto dalle « vivaci critiche » espresse dalla dottrina negli ultimi decenni.

Tale operazione, che ha trovato il suo punto di svolta nelle precitate, recenti sentenze delle Sezioni Unite civili, il cui punto centrale è rappresentato dall'ampliamento della sfera degli interessi giuridici tutelati (e dunque risarcibili in caso

(13) Cass. civ., 28 dicembre 1973, n. 3467, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1930, con nota di SALARIS, *In tema di danno ingiusto al nascituro*.

(14) Tale concezione viene identificata con una « visione liberista della società (*laissez faire*) », che imporrebbe una interpretazione riduttiva della responsabilità da fatto illecito, limitata « ai soli casi in cui i diritti soggettivi (e solo alcuni di essi) siano espressamente attribuiti dalla legge al singolo », con conseguente « tipicità dell'illecito ».

di lesione) oltre il limite del diritto soggettivo, viene portata dalla decisione in commento ad ulteriori e più radicali sviluppi, che toccano tutti gli elementi compositivi della fattispecie dell'illecito civile.

Per la Corte, ad esempio, l'«elemento soggettivo dell'illecito (la colpa, ma anche il dolo)», tradizionalmente ritenuta «criterio ineludibile di responsabilità», sarebbe invece «elemento non necessario» attesa l'esistenza di ipotesi di responsabilità oggettiva e «financo di casi di responsabilità per comportamenti esplicitamente consentiti» (15), che autorizzerebbero a «sanzionare l'illecito non più sul piano soggettivo della colpa, ma su quello, oggettivo, del rischio derivante dalle attività umane», con conseguente risarcibilità dei pregiudizi derivanti dagli «atti leciti dannosi» in nome della «necessità di ripartire il rischio in una visione non sanzionatoria, ma bilanciatrice dei contrapposti interessi» (16).

Tale eclissi della colpa dallo scenario normativo della responsabilità aquiliana, tuttavia, seppure riecheggia (in termini ben più radicali) note posizioni dottrinali, pare assai poco compatibile col contenuto precettivo dell'art. 2043 c.c. che sancisce testualmente l'obbligo risarcitorio in relazione al solo «fatto doloso o colposo», a tacer del fatto che le ipotesi di responsabilità «oggettiva» o «presunta», così come quelle di «atti leciti dannosi» (17), sono solo quelle espressamente previste dalla legge, sicché da esse non può inferirsi l'obliterazione di un requisito dell'illecito normativamente previsto per i casi di illecito civile contemplati dall'art. 2043 c.c.

Altra cosa, evidentemente, è affermare che la colpa non sia l'unico criterio di imputabilità previsto dal sistema della responsabilità civile delineato dal diritto positivo (18), il che non toglie che ad essa (o al dolo) debba necessariamente farsi riferimento quale criterio di imputazione ed elemento connotativo dell'illecito per tutte le fattispecie disciplinate dall'art. 2043 c.c.

Ed anzi, con riguardo all'ipotesi tipica di responsabilità da fatto illecito individuata da tale ultima disposizione, al contrario di quanto mostra di ritenere la Corte, sembra di assistere ad un rinnovato interesse della dottrina per l'elemento della colpa, ritenuta il «criterio normale di imputazione dei danni nella

(15) A tal proposito viene citato l'art. 1328 c.c., che prevede l'obbligo dell'indennizzo posto a carico di chi abbia formulato una proposta contrattuale, salvo poi revocarla prima dell'accettazione del destinatario, qualora costui avesse iniziato a dar esecuzione al contratto.

(16) In proposito è, tuttavia, il caso di ricordare che il dibattito sulla «funzione della responsabilità civile» oggi appare tutt'altro che sopito e superato dall'affermarsi di una dottrina dominante.

(17) Peraltro è noto che gli «atti leciti dannosi» da molti non vengono annoverati fra le ipotesi di responsabilità civile in senso proprio, per il fatto che «l'obbligazione pecuniaria conseguente ad un'attività non va considerata come sanzione di quell'attività, ma semplicemente un suo costo ed in ciò, appunto, si rivela irriducibile allo schema della responsabilità civile in senso stretto» (MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti leciti dannosi*, in *La responsabilità civile*, a cura di CENDON, Torino, 1998, VIII, 415). Con specifico riferimento alla fattispecie prevista dall'art. 1328 c.c., la dottrina prevalente dubita financo della possibilità di inquadrarla nello schema dell'«atto lecito dannoso» (VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 255; ROMANO SALVATORE, voce *Buona fede (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1959, 684; *contra*, BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 256).

(18) FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1993, 123; ALPA, BESSONE e ZENO ZENCOVICH, *Obbligazioni e contratti*, VI, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1995, 30 e 73; BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 6; CAFAGGI - IAMICELLI, *La colpa*, in *La responsabilità civile*, a cura di Cendon, Torino, 1998, IX, 250; *contra*: CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969, 12.

responsabilità civile» (19), sempre più frequentemente associata, è vero, alla nozione di « rischio » connesso al compimento di una determinata attività umana, ma proprio per questo significativamente sempre più identificata con quei doveri « di prevenzione » degli incidenti che assumono una « funzione di controllo del rischio creato » (20).

In questo quadro la colpa diviene, in sintesi, una « deviazione da uno standard, a sua volta inteso come insieme di doveri di comportamento imposti ad un soggetto » (21): tali doveri si estendono a tutte le situazioni soggette al dominio, e dunque alla responsabilità, dell'agente, imponendogli di sopportare i costi necessari a prevenire gli incidenti prevedibili ed evitabili.

In questa prospettiva il tema della colpa si arricchisce semmai di una doviziosa serie di significati particolari, in relazione alla crescente differenziazione dei « doveri di comportamento » imposti da un crescente numero di disposizioni di legge o di regolamento e da una sempre più fitta e differenziata trama di rapporti sociali, tali da proporre sempre nuovi aspetti applicativi delle tradizionali regole di comune prudenza e diligenza, come la dottrina si è incaricata di porre in luce (22).

Non pare proprio, pertanto, che possa considerarsi un'acquisizione dottrina quella della pretesa « assenza di colpa sul versante del responsabile » o della configurazione dell'illecito come « invasione (non vietata ma) non autorizzata » della sfera giuridica altrui (23), ed una tesi di tale importanza meritava semmai una *demonstratio* ben più solida di quella assai sbrigativamente prospettata dalla Corte.

6. A proposito di « danno ingiusto » la decisione annotata accoglie quella teoria dell'illecito che attribuisce « all'art. 2043 c.c. non più delle caratteristiche di norma ricognitiva, ma di vera e propria clausola generale di responsabilità civile », si da escludere la necessità che alla base di quest'ultima vi sia la violazione di una « norma di relazione » e, dunque, obbligatoriamente di un diritto soggettivo assoluto, ponendosi sulla via tracciata dalle Sezioni Unite civili.

Tale orientamento fornisce lo spunto per alcune riflessioni problematiche minime.

Anzitutto è da chiedersi se la dottrina che ravvisa nell'art. 2043 c.c. una norma primaria, fondativa di un generale obbligo di *neminem laedere* (24), possa realmente identificarsi con « la dottrina », come mostra di ritenere la Corte.

(19) MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 1198, 79.

(20) CAFAGGI - IAMICELLI, *op. cit.*, 251.

(21) MONATERI, *op. cit.*, 89.

(22) Per una interessante e vasta rassegna in proposito si veda: CAFAGGI - IAMICELLI, *op. cit.*, 250 e segg.

(23) Si pensi poi alle conseguenze pratiche di una impostazione che preveda la responsabilità da « atto lecito » sulla prevedibilità del danno e sull'esigibilità della prevenzione dei rischi da parte dell'autore della condotta, soprattutto se, come postula la Corte, contemporaneamente si amplia la « sfera giuridica » protetta del singolo comprendendovi oltre ai diritti anche « interessi giuridicamente rilevanti » ancorché non espressamente tutelati ai fini risarcitori.

(24) SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 342; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, 1964, 84; SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 170; TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, 92.

Anche di recente non è mancato chi ha rilevato che «il principio puro omnicomprendente del *neminem laedere* conduce a paradossi. Tali paradossi impediscono che il principio omnicomprendente possa diventare regola operativa. Occorre che questo principio sia limitato, e a tale funzione assolve la teorica dell'ingiustizia del danno» (25); ed ancora, altra dottrina ha sostenuto che «l'ingiustizia del danno non può essere esaustivamente descritta né in termini, di norma primaria in senso proprio (giacché la clausola generale richiede un'integrazione avvalorata da dati normativi), né di norma secondaria sanzionatoria (non essendo necessaria, ai fini dell'esito del giudizio, la violazione di una norma "altra")» (26).

In generale, lo stato del dibattito dottrinario in materia appare assai più animato di quanto mostri di ritenere la Corte (27).

In secondo luogo è da chiedersi se, una volta allargata l'area del «danno ingiusto» alla lesione di posizioni giuridiche differenti dal diritto soggettivo, cioè agli «interessi giuridicamente rilevanti per l'ordinamento», secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite civili, possa realmente costituire un razionale criterio di selezione dei danni risarcibili quel «giudizio di comparazione degli interessi in conflitto e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio» del primo sia «giustificabile» in ragione del soddisfacimento «del contrapposto interesse dell'autore della condotta», come le Sezioni Unite civili hanno postulato.

Non si vede, infatti, quale «interesse» del danneggiato possa essere così turpe da dover soccombere a fronte dell'«interesse» intrinseco al «comportamento illecito» che, non si dimentichi, è connotato dal disvalore della colpa (o addirittura del dolo). Del resto una simile, intrinseca debolezza sul piano valoriale dell'interesse del danneggiato non sarebbe nemmeno ipotizzabile, sol che si pensi che, per le Sezioni Unite, dovrebbe trattarsi di un «interesse non elevato ad oggetto di immediata tutela», ma pur sempre «giuridicamente rilevante, in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori» (28).

(25) MONATERI, *op. cit.*, 197, laddove si legge: «Mostrare il paradosso del *neminem laedere* è facile. Supponiamo che effettivamente qualunque fatto dannoso obblighi l'autore al risarcimento. Allora chiunque si ponga in commercio provoca sicuramente un danno a tutti gli altri commercianti le stesse merci, perché storna, o comunque cerca di stornare da loro una parte della loro clientela. In questo caso il danno, la diminuzione del reddito degli altri commercianti, non solo è provocata con colpa, ma addirittura con intenzione. Costui dovrebbe dunque risarcire tutti gli altri per il loro mancato guadagno derivante dal suo ingresso nel mercato. Non solo, ma se gli altri commercianti continuano la loro attività una volta che il nuovo venuto si sia installato sul mercato, è evidente che con la loro azione essi gli provocano un danno, perché impediscono la crescita del suo reddito, o comunque fanno di tutto per impedirlo. Ancora una volta siamo di fronte a danni recati intenzionalmente, ed ancora una volta tutti questi soggetti dovrebbero continuamente risarcire il nuovo venuto. Il mondo sarebbe una serie continua di risarcimenti... Per il solo fatto di essere in vita noi danneggiamo, riduciamo le opportunità altrui... È ovvio che a questo punto la vita sociale sarebbe impossibile se il principio del *neminem laedere* fosse una regola operativa... Un tale principio deve essere limitato. La teoria dell'ingiustizia del danno ha un tale compito, restringendo l'ambito di operatività dell'illecito civile».

(26) SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, 61.

(27) Per un panorama delle posizioni della dottrina in tema di danno ingiusto, si veda: MONATERI, *op. cit.*, 195 e segg.

(28) Si osservi che, al contrario, dottrine che pur si muovono nella direzione dell'allargamento dell'area del danno risarcibile postulano pur sempre che l'«interesse» leso sia oggetto di

In terzo luogo va osservato che, non di rado, nel passato, si è accusato il giudice di legittimità di aver utilizzato degli *escamotages* per «trasfigurare» in diritti soggettivi posizioni giuridiche che tali non sarebbero, come il «diritto all'integrità del patrimonio» (29), al fine di poter affermare l'ingiustizia del danno ed ammettere a risarcimento la loro lesione, ma vien fatto di chiedersi se anche le posizioni giuridiche soggettive che s'intendono ora valorizzare per allargare l'area del danno ingiusto siano proprio tutte così definite, sotto il profilo teorico, da poter assicurare un solido fondamento a tale operazione o non si risolvano anch'esse, nelle decisioni delle Corti, in altrettanti *escamotages* finalizzati ad allargare comunque l'area del danno risarcibile.

La sentenza in commento, ad esempio, cita le aspettative, gli interessi diffusi e gli interessi legittimi.

Quanto all'«aspettativa», si è giustamente osservato che essa «viene talvolta usata in senso generico e atecnico anche nel linguaggio giuridico» (30), evidenziandosi che «la nozione di aspettative può essere utilmente impiegata per indicare la situazione del beneficiario degli effetti preliminari del negozio condizionato e in particolare dell'acquirente sotto forma sospensiva e dell'alienante sotto condizione risolutiva» (31) e che la stessa solo da alcuni è configurata come posizione giuridica diversa ed autonoma rispetto al diritto soggettivo (32), ciò che altri invece negano (33). Quale che sia la natura da attribuire a questa posizione giuridica, considerata la sua reale area di interesse, pare che la sua interferenza casistica col dominio della responsabilità aquiliana possa definirsi, nella migliore delle ipotesi, del tutto marginale.

Relativamente agli «interessi diffusi», la questione del loro diritto di cittadinanza nell'ordinamento (34) (e della loro differenziazione rispetto agli interessi collettivi) costituisce una vicenda tormentata e tuttora certo non risolta in senso positivo, come provano il dibattito in corso della dottrina giurisprudenziale e la giurisprudenza amministrativa dominante (35), sicché appare quan-

specificata «tutela» da parte dell'ordinamento (anche a fini diversi da quelli risarcitori) ed anzi precisano che debbono essere proprio «il senso e il contenuto di tale tutela» a consentire «di affermare o meno, alla luce altresì delle altre modalità della fattispecie, il carattere ingiusto del danno» (SALVI, *op. cit.*, 62): la differenza non è di poco conto, poiché un «interesse» può essere «preso in considerazione» dall'ordinamento a fini e per motivi diversi da quelli protettivi.

(29) Cass. civ., 4 maggio 1985, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745, con nota di DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*.

(30) PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. I, Torino, 1988, 466, laddove si porta ad esempio di tale «uso improprio» del termine il fatto che «in tema di responsabilità civile, si parla di aspettativa dei discendenti superstiti di beneficiare dei risparmi del genitore ucciso», ma frequente è un uso analogo del termine anche con riguardo ai diritti risarcibili del «nascituro».

(31) PELOSI, *op. cit.*, p. 467.

(32) RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 331; SCOGNAMI-GLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 228; PELOSI, *op. cit.*, p. 468; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 797.

(33) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 212; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, Commentario diretto da D'Amelio e Finzi, I, Firenze, 1948, 458.

(34) E dunque sulla legittimazione ad agire in via generale di chi ne sia portatore, al di là dei casi specificamente previsti dalla legge (art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, artt. 9 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241).

(35) Per un'ampia trattazione della problematica, si veda: FERRARA ROSARIO, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale ecc.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, VIII, 482.

tomeno disinvolve l'attribuzione di una così pregnante rilevanza nel dominio privatistico a tale categoria di posizioni giuridiche soggettive.

Una valorizzazione del genere pare non solo apodittica, perché sfornita di un'autonoma elaborazione fondativa sul piano privatistico, ma anche avulsa dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale in corso sul versante pubblicistico, laddove queste posizioni giuridiche da tempo (36) si misurano con una crisi d'identità non ancora risolta.

Quanto agli «interessi legittimi», la questione è oggi al centro dell'attenzione e meriterebbe un discorso a sé, che non è questa la sede per proporre, ma ritengo sufficiente osservare che con riguardo a queste posizioni giuridiche costituzionalizzate (artt. 24, 103, 113 Cost.), la questione non è mai stata quella della loro tutela, ma solo dell'estensione e dei limiti di questa, anche in relazione al fatto che esse sono caratterizzate non solo dalla peculiare correlazione al legittimo esercizio di un potere pubblico, bensì soprattutto dalla loro congenita connessione ad una «posizione soggettiva rilevante» del privato (generalmente qualificabile come diritto soggettivo) (37) «con la quale l'azione amministrativa viene ad interferire» (38), il che dovrebbe indurre a qualche ulteriore riflessione anche sul tema della loro tutela aquiliana (39).

Ed, invero, la soluzione adottata dalle Sezioni Unite civili non era l'unica via per ammettere la risarcibilità del danno cagionato dall'esercizio di un potere pubblico, come, infatti, ha ravvisato criticamente la dottrina giurispubblicistica più avvertita, ricordando che il problema, a questo proposito, rimane quello di «ampliare la *vis* (l'efficacia) dell'interesse legittimo, oppure di ammettere che a fianco o a presupposto dell'interesse legittimo vi sia qualche altra cosa, un elemento che renda l'interesse legittimo giuridicamente rilevante per i fini della responsabilità civile» (40) e che distinguere tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, in tema di responsabilità civile, «consente di distinguere il profilo funzionale delle due posizioni soggettive dalle modalità di realizzazione di tale profilo. In effetti, mentre il diritto soggettivo consegue direttamente il bene della vita, perché fa valere un assetto di rapporti discendente dalla legge o dal contratto, l'interesse legittimo conserva o consegue detto bene subordinatamente all'eser-

(36) Si pensi alla vicenda giudiziale di «Italia Nostra», iniziata con Cons. St., Sez. V, 9 marzo 1973, n. 253, in *Foro it.*, 1974, III, 33; ma per avere un esempio recente di negazione della rilevanza giuridica dei «meri interessi diffusi», si veda: Cons. Stato, Sez. VI, 29 marzo 1996, n. 507, in *Foro amm.*, 1996, 976.

(37) Almeno con riguardo agli interessi legittimi «oppositivi», mentre è discussa la qualificazione in termini di «diritti in attesa di espansione» della posizione giuridica collegata ai cosiddetti interessi legittimi «pretensivi».

(38) SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, XIV ed., 105.

(39) Al contrario di quanto hanno mostrato di ritenere le Sezioni Unite civili, laddove hanno criticato la correlazione tra interesse legittimo ed «interesse materiale sotteso» ad esso come un *escamotage* escogitato da precedenti decisioni per «travestire» da diritti soggettivi degli interessi legittimi onde poter affermare la risarcibilità della loro lesione, la dottrina giurispubblicistica ha da tempo evidenziato che «l'interesse legittimo inerisce sempre... all'interesse materiale giuridicamente protetto che ha per oggetto un bene della vita, che è già nella sfera patrimoniale del soggetto» (GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II, 516; nello stesso senso: SANDULLI, *op. cit.*, 105 e segg.). Tale aspetto, peraltro veramente fondamentale, della nozione e della struttura dell'interesse legittimo sembra sfuggire alla dottrina privatistica che, di norma puramente e semplicemente lo ignora.

(40) NIGRO, *Introduzione*, in *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, Atti della tavola rotonda tenuta a Roma il 24 aprile 1982, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1671.

cizio del potere amministrativo, dovendosi coordinare con l'interesse pubblico generale» (41).

Questi brevi spunti mi pare pongano un interrogativo più radicale sulla reale consistenza teorica delle figure giuridiche cui si è fatto riferimento per affermare l'estensione della frontiera del danno ingiusto e sulla configurazione dommatica di quegli «interessi differenziati» (o «interessi rilevanti per l'ordinamento», per usare il lessico delle Sezioni Unite civili) che si vorrebbero suscettibili di tutela aquiliana, problematica che anche nella decisione in commento viene data per scontata, mentre scontata non pare proprio.

Maneggiare con disinvoltura concetti giuridici assai poco definiti finisce poi non di rado per indurre, nelle decisioni delle Corti di merito, situazioni a dir poco paradossali; basti pensare che la sentenza della Corte d'appello di Milano sulla quale si è pronunciata la decisione in commento aveva affermato che «il fatto illecito dell'imputato avrebbe leso l'interesse legittimo del concepito, divenuto diritto soggettivo con la nascita, a godere della presenza e dell'assistenza paterna», come si legge in motivazione, laddove la traduzione privatistica del concetto di interesse legittimo per superare il problema posto dalla mancanza di capacità giuridica del concepito rappresenta un eloquente condensato di paradossi.

7. Rivoltando il problema della conterminazione del territorio concettuale del danno ingiusto, vien fatto di riproporsi la domanda non nuova se i diritti soggettivi siano solo quelli nominati o se altri ve ne siano di non nominati e se per questa via non sia possibile ancorare ad una base più sicura e meno arbitraria il processo di adeguamento dell'area della tutela aquiliana postulato dall'evoluzione sociale ed indubbiamente sostenuto, seppure con impostazioni ed accenti diversi, dalla dottrina.

Il pensiero corre, a questo proposito, ai «diritti inviolabili dell'uomo» previsti dall'art. 2 della Costituzione (ma non solo) ed all'interpretazione di questa norma come «clausola aperta», riproposta anche di recente non solo in campo dottrinario (42), ma anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte (43), che vi ha ravvisato il fondamento di «diritti soggettivi perfetti» non espressamente previsti né dalla prima parte della Costituzione, né da alcuna norma di legge ordinaria.

Nello stesso senso, contraddicendo nei fatti un radicato suo orientamento riduttivo nella lettura dell'art. 2 (44), si è pronunciata pure la Consulta quando ha incluso nel catalogo dei «diritti inviolabili dell'uomo» proprio il «diritto al risarcimento del danno alla persona» (45), che pure non rientra nel novero di quelli esplicitamente sanciti dalla parte prima della Costituzione.

(41) CAIANIELLO, *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci e ombre di una svolta storica*, in *Foro amm.*, 1999, I, 2007; ma si vedano pure, sul versante civilistico, le preoccupazioni espresse da BILE, *La sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in questa *Rivista*, 1999, 897.

(42) PETTI, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale delle persone*, Torino, 1999, 700 e segg.

(43) Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 1996, n. 978, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1317, con riguardo al «diritto all'identità personale».

(44) Questa giurisprudenza si ispirava al «principio di specificazione», per cui l'art. 2 sarebbe una norma quadro che farebbe rinvio ai singoli diritti previsti dalla parte prima della Costituzione e solo a questi (Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11 e successive).

(45) Corte cost., 6 maggio 1985, n. 132, in *Foro it.*, 1985, I, 1585, che ha dichiarato l'illegit-

Ma se è seriamente ipotizzabile che nel nostro ordinamento abbiano cittadinanza dei «diritti innominati», è lecito chiedersi se la barriera da superare, per pervenire ad un razionale adeguamento del concetto di danno ingiusto, sia davvero quella del diritto soggettivo o non piuttosto quella di una certa concezione del diritto soggettivo.

Anche questa via, beninteso, implica dei rischi da non sottovalutare (46), ma sono i rischi (ed i limiti) insiti nella diversa via prescelta dalla Cassazione a suggerire l'opportunità di riesaminare anche questa prospettiva.

In conclusione, tanto le sentenze n. 500 e 501/1999 della Cassazione civile, quanto quella in commento della Cassazione penale, più che un punto di approdo sembrano rappresentare un pregnante stimolo per nuove riflessioni sulla funzione e sulla struttura della responsabilità da fatto illecito (47).

GIAN PAOLO MIOTTO
Avvocato in Treviso

timità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 841/1932 e dell'art. 2 della l. n. 1832/1962 di ratifica della Convenzione di Varsavia e sue modificazioni nella parte in cui davano esecuzione all'art. 22 di quest'ultima, che limitava la responsabilità del vettore aereo verso i trasportati ad un certo ammontare.

(46) È stato giustamente osservato che anch'essa si presta all'*escamotage* di ravvisare «diritti inviolabili dell'uomo» ogniqualvolta s'intenda risarcire un danno e di negarli quando non s'intenda farlo (ZIVIZ, *Verso un altro paradigma risarcitorio*, in CENDON, *Il danno esistenziale*, Milano, 2000, 36), ma è evidente che si tratta di impostare il problema non già in maniera empirica, ma bensì definire, in termini di teoria generale, i criteri del processo di «emersione» di un diritto innominato e cioè gli «indici» rivelatori del diritto soggettivo. Del resto è innegabile che lo stesso rischio si porrebbe anche con riguardo ad una selezione degli «interessi» ritenuti meritevoli di tutela risarcitoria, con l'aggravante della già evidente ed innegabile «nebulosità» della nozione di «interesse giuridicamente rilevante per l'ordinamento».

(47) «Un'unica certezza si può forse esprimere: la sentenza n. 500, più che un punto di arrivo, è un punto di partenza» (F.D. BUSNELLI, *Dopo la Sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 336).

Sez. Un. civ., 27 ottobre 2000, n. 1141 - Pres. VELA - Rel. OLLA - P.M. IANNELLI (conf.) - Parietti (avv. Mimmi) c. Can Publishing SA (avv. Capace).

Competenza e giurisdizione - Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 sulla competenza giurisdizionale - Interpretazione - Pronunce della Corte di giustizia su corrispondenti disposizioni della Conv. di Bruxelles - Rilevanza - Fattispecie.

Competenza e giurisdizione - Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 sulla competenza giurisdizionale - *Forum commissi delicti* - Diffamazione a mezzo stampa - Luogo in cui si è verificato l'evento dannoso - Luogo di edizione o divulgazione della pubblicazione diffamatoria - Luogo del domicilio del danneggiato - Esclusione - Mancata diffusione in Italia della rivista - Giurisdizione italiana - Esclusione - Ulteriore divulgazione della notizia in Italia da parte di una rivista non collegata alla prima - Irrilevanza.

Ai fini della ricostruzione del contenuto dei criteri di giurisdizione dettati dalla Conv. di Lugano, che siano identici a quelli dettati dalla Conv. di Bruxelles, costituisce precedente — non vincolante, ma autorevole e del quale non si può non tener conto — l'interpretazione della norma accolta dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee (1).

Con riferimento al criterio del «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto», l'esegesi dell'art. 5, n. 3, della Conv. di Lugano induce ad affermare che la giurisdizione in ordine