

RESPONSABILITA' AQUILIANA E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE POSITIVO

1. Può *Giano* bifronte, che “guarda simultaneamente verso il regno dei morti [qui, la responsabilità aquiliana] e verso quello dei vivi [qui, il diritto giurisprudenziale positivo]”, davvero incarnare (si fa per dire) “un processo di demitizzazione che apre verso il futuro sempre rinnovato la forza originariamente conclusa nel mitico non mutare del tempo”?

L'opzione dell'autorevole mitologo¹, secondo cui “lo spirito della cultura romana parrebbe fatalmente escludere gli eventuali effetti inferi del dio quale divinità del passaggio dell'aldilà”, sembra rinvenire, nel nostro caso, un puntuale riscontro.

Ebbene, sì. La responsabilità aquiliana - o più specificamente la *Lex Aquilia* – non ha cessato di “(soprav)vivere” o, più esattamente, è sempre tornata nel tempo a “vitalizzare” attraverso la giurisprudenza l'idea codicistica del “risarcimento da fatto illecito”.

Questa è la conclusione a cui intende giungere l'itinerario storico della mia rilettura delle fonti.

2. Vero è che il secolo dei codici pionieristici si era aperto con una “rottura più o meno palese dei ceppi della tradizione romanistica”² che la *Lex Aquilia* ricollega direttamente a una nozione di *iniuria* orientata a cogliere l'ingiustificatezza della condotta³ per poi sfociare nella sintesi ulpiniana secondo cui “*quod non iure factum est, hoc est contra ius*”.

In Francia le dottrine del Domat e del Pothier, fulgida espressione della “eredità del giusnaturalismo”⁴, avevano trovato la loro consacrazione nell'art. 1382 del *Code Napoléon* che formalizzava la scelta per una funzione “riparatoria” della responsabilità incentrata sul danno da risarcire e imperniata su un concetto di colpa (la “*faute*”) modellato sul “tipo ideale” di individuo elaborato dalla “Scuola del diritto naturale”⁵. Insomma, della tradizione romanistica rimaneva soltanto la vuota qualificazione formale *Des délits et des quasi-délits*: i quali, infatti, confluivano insieme ai *quasi-contrats* nel Titolo IV (del terzo e ultimo Libro), dedicato a “*Des engagements qui se forment sans convention*”. Colpisce, in questo generico contesto, “l'assenza della nozione di illiceità”.

¹ F. Jesi, *Materiali mitologici. Mito e antropologia nella cultura mitteleuropea*, nuova ediz. aumentata da A. Cavalletti, Torino, 2001, p. 12 s.

² G. Rotondi, *Dalla “Lex Aquilia” all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 1917, p. 256 ss.

³ S. Schipani, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2009, p.42.

⁴ M.F. Corsi, *Danno e responsabilità contrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010, p.197 ss.

⁵ B. Winiger, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum iniuria datum*, Genève-Zurich- Bâle, 2002, p. 48 ss.

E' proprio questa la nozione sulla quale si imperniava, tutt'al contrario, l'articolata disciplina - un vero e proprio "Fall Regel Recht" - del codice civile prussiano (1794), con i suoi 138 articoli dedicati alle molteplici fattispecie di illecito - le "unerlaubte Andlungen" -. Ad essa continuò ad ispirarsi, a distanza di un secolo, la disciplina tipizzante - il c.d. *Enumerationsprinzip* - dettata dalla norma generale del par. 823, Abs. 1, del BGB, che obbliga al risarcimento del danno "chi lede illecitamente la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o un altro diritto altrui".

Posto al bivio tra due indirizzi tendenzialmente contrapposti, il legislatore della raggiunta unità italiana scelse la concezione francese. Per la verità, più che di una scelta si trattò di una pura e semplice riproduzione della disciplina del *Code civil*; in particolare, l'art. 1151 era la traduzione letterale dell'art. 1382 del *Code*.

Il codice civile del 1942 è, sorprendentemente (ma non troppo), all'origine di un indirizzo innovativo: o, meglio, di un ritorno aggiornato, più o meno consapevole, al diritto romano, alla Lex Aquilia, all'insegna di una qualificazione sintetica del danno - il danno "ingiusto" - destinata a diventare il pernio attorno a cui far ruotare la previsione dell'art. 2043. Per la verità, all'inizio sembrò quasi non accorgersene. La Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni non esitava ad affermare che "si è mantenuto il principio che la responsabilità dell'autore del fatto dannoso debba fondarsi sulla colpa di lui"; e la relazione della Commissione Reale si mostrava convinta che occorresse confermare "il risultato già raggiunto dal nostro codice con la disciplina generale degli articoli 1151 e seg."

La successiva "scoperta", ad opera di una dottrina minoritaria ma antiveggente, del ruolo fondamentale da attribuire alla "ingiustizia del danno" come espressione coinvolgente il carattere di "iniuria" riferito alla condotta del danneggiante (direttamente evocato dalla Lex Aquilia⁶) è valsa a promuovere - a fronte di una giurisprudenza inizialmente recalcitrante - una graduale riqualificazione del danno risarcibile, rimasto tradizionalmente ancorato a una concezione essenzialmente patrimoniale - o, più semplicemente, proprietaria- dei diritti assoluti.

3. Il primo segnale di questa svolta - era appena iniziato l'anno 1971 - è offerto dal clamoroso *revirement* della Cassazione: dalla "questione di Superga" al "caso Meroni" (com'è noto, quanto meno agli appassionati del calcio, la soc. Torino-calcio, a cui nel 1953 era stato negato dalla Corte di cassazione il risarcimento del danno derivante dalla perdita dell'intero complesso dei propri calciatori, periti nella sciagura aerea di Superga, si vide

⁶ G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, seconda ediz., Torino, 2008, p. 64.

riconosciuta, dalla stessa corte -ma a Sezioni unite -, la legittimazione a pretendere il risarcimento del danno subito per la morte di uno dei suoi calciatori [Luigi Meroni] in un incidente stradale dovuto a colpa di un terzo)⁷.

“Il capo del diritto assoluto è stato felicemente doppiato”, fu l’autorevole commento di Giuseppe Branca⁸. Ma la dottrina più accreditata era di tutt’altro avviso, e affidò alla penna autorevolissima di Arturo Carlo Jemolo la opportunità di invocare “la resipiscenza (guai al *diabolicum perseverare*), di cui mi fa sperare l’ultimissima decisione della Sez. III, che ritorna ai saggi principi che la Suprema corte aveva enunciato nel 1953”⁹. Al giovane contraddittore non restava che ribadire che “alla disciplina articolata e analitica del *BGB* si contrappone nel nostro ordinamento-la regola generale e sintetica dell’art. 2043; la quale, limitandosi a fissare il requisito della “ingiustizia” del danno, non consente distinzioni analoghe a quelle desumibili dal sistema vigente in Germania. Che poi questa impossibilità costituisca senz’altro un male, è discutibile. Certo, essa può favorire ‘l’empirismo di soluzioni pratiche’ (Messinetti). Ma, in un settore così legato al continuo evolversi della realtà sociale come quello della responsabilità civile, la ricerca concreta della soluzione più equa in un quadro normativo segnato da principi generali sufficientemente elastici può essere preferibile alla rigida applicazione di astratti schemi concettuali”¹⁰. Particolarmente significativo fu il dialogo a distanza tra il maestro e l’allievo: attestante, il primo, polemicamente che “ogni tecnico del diritto non può che apprezzare la dottrina dell’estensore della sentenza, veramente una dotta sentenza”¹¹; consapevole, e ammaestrato, il secondo in ordine alla “giustificata esigenza di impedire una indefinita propagazione dei danni risarcibili”, del resto lucidamente avvertita e condivisa dalla dotta sentenza¹².

4. Consapevolezza dei limiti istituzionali ma inesorabile progressione dell’indirizzo evolutivo appena tracciato sotto il crescente impulso dei principi costituzionali continuarono a caratterizzare gli anni ’70, che videro l’inizio di una vicenda giurisprudenziale occasionata dalla “rivolta” di una “giurisprudenza alternativa” promossa dal Tribunale di Genova¹³, seguito dal Tribunale di Pisa¹⁴, che sostenevano la piena risarcibilità, alla stregua dell’art. 32 Cost., del “danno biologico” a Genova (e del “danno alla salute” a Pisa) in contrapposizione all’indirizzo (ancora) dominante in dottrina come in giurisprudenza. Radicale e ammonitrice fu la reazione: “*errare humanum est; perseverare diabolicum*”¹⁵. Ma i giudici “riottosi” perseverarono, avvalendosi del supporto scientifico di una

⁷ F. D. Busnelli, Un clamoroso “revirement” della Cassazione: dalla “questione di Superga” al “caso Meroni”, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1286.

⁸ G. Branca, *Morte di chi convive “more uxorio” e risarcimento*, in *Foro it.*, 1970, IV, c. 144.

⁹ A. C. Jemolo, *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1286.

¹⁰ F.D. Busnelli, *Un clamoroso “revirement”*, cit., c. 1296.

¹¹ A. C. Jemolo, *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1285.

¹² Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, ivi, c. 342 ss., 255.

¹³ Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, c. 54 ss., con il commento favorevole di M. Bessone e V. Roppo.

¹⁴ Trib. Pisa, 10 marzo 1979, in *Resp. civ. prev.*, 1979, p. 356, con il commento favorevole di G. Ponzanelli.

¹⁵ G. Scalfi, *Errare humanum est, perseverare diabolicum*, in *Resp. civ. prev.*, 1976, p. 469 ss.

ricerca pisana sviluppata con il determinante contributo dei medici legali¹⁶: la quale valse a corroborare, al tempo stesso, l'esito vincente sancito dal pieno avallo della Corte costituzionale – “dalla correlazione tra gli art. 32 Cost. e 2043 c.c., è posta dunque una norma che, per volontà della Costituzione, non può limitare in alcun modo il risarcimento del danno biologico” (Corte cost., n. 184/1986)¹⁷ - e a favorire l'inizio di un nuovo percorso a spettro più ampio destinato a interessare l'arco di due secoli scandendo la convulsa evoluzione di quella che è stata definita “l'infinita storia del danno non patrimoniale”¹⁸.

5. E' una storia movimentata, altalenante, ben lontana dal potersi dire conclusa.

Fino alla fine del secolo scorso, la “regia” era rimasta salda nelle autorevoli pronunzie della Corte costituzionale che, procedendo all'insegna della continuità con la citata sentenza Dell'Andro, avevano sviluppato e consolidato per un verso la distinzione tra danno biologico e danno morale – approfondendo il senso e i limiti della distinzione tra l'art. 2043, suscettibile in linea di massima di estensione ai “danni non patrimoniali connessi alle violazioni del diritto alla salute”, e l'art. 2059, “interpretato con specifico riferimento ai c.d. “danni biologici da morte” (sentenza Mengoni, 1994)¹⁹, e per altro verso quella tra “il risarcimento pieno del danno riconosciuto dall'art. 2043 e il diritto a un equo indennizzo discendente dall'art. 32 Cost. in collegamento con l'art.2” in una prospettiva di sicurezza sociale (sentenza Zagrebelsky, 1996)²⁰.

La “stagione del positivismo giuridico”²¹ stava volgendo al tramonto, afflitta dal “dissesto della produzione legislativa (consistente - si disse sfrontatamente [Ferraioli] - nell'incapacità del legislatore di fare il suo mestiere)²², e si cominciava a parlare di un “diritto giurisprudenziale vivente”. A sua volta, “Il ruolo della dottrina era venuto declinando rispetto all'affermarsi di una giurisprudenza (normativa?) che rivendica, talvolta a ragione, una sempre maggiore consapevolezza degli effetti del proprio operato” [Granieri e Pardolesi]²³.

Il 1985 è l'anno del “mutamento di rotta”.

Nasce la rivista dei “*Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*”. Li “*dirige*” Francesco Galgano osservando quanto segue: “che, pur nell'ambito di un sistema a diritto legislativo, entro il quale il giudice è

¹⁶M. Bargagna e F.D. Busnelli, *La valutazione del danno alla salute*, 1988, *passim*.

¹⁷ Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2067

¹⁸ G. Travaglino, *Il danno alla persona tra diritto e realtà*, in *Resp. medica*, 2017, p.73.

¹⁹ Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3297 ss.

²⁰ Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, *ivi*, I, c. 2326 ss.

²¹ E. Scoditti, *La scienza giuridica e i signori del diritto (Europa e scienza giuridica, I)*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 243.

²² L. Ferraioli, *Argomentazione interpretativa e argomentazione equitativa contro il creazionismo giurisprudenziale*, in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Milano, 2017, p. 167.

²³ M. Granieri-R. Pardolesi, *Ma i tre signori del diritto sono rimasi in due? (Europa e scienza giuridica, III)*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 248.

vincolato dalla legge, la giurisdizione sia funzione creativa del diritto, e non soltanto applicativa del diritto dato per legge, è convincimento a tal punto diffuso da poterlo considerare come dato di cultura giuridica ormai acquisito”²⁴.

Un anno dopo comparve, in veste rinnovata ma immutata nella linea culturale e nell’impegno scientifico, la “Rivista critica del diritto privato”, che nel secondo fascicolo raccoglie i risultati di una ricerca CNR diretta da Umberto Breccia pubblicando una serie di saggi presentati a un convegno milanese sul tema “Quale futuro per la responsabilità civile?”. La responsabilità civile “è una sorta di commedia –questa è la metafora utilizzata da Galgano nella relazione di sintesi -, una commedia dell’arte, il protagonista è il giudice, che non applica regole precostituite, ma utilizza una clausola generale [trasparente è qui il richiamo di Stefano Rodotà (“proponiamo una lettura dell’art. 2043 che porti a individuare... una clausola generale di responsabilità”²⁵)], sulla scorta della quale crea, egli stesso, le regole di diritto, ossia l’intreccio della commedia. Il rischio è che vesta i panni del giudice di equità e non del giudice secondo diritto. Ma in questa commedia c’è un regista; i registi siamo noi stessi. Abbiamo in una prima fase stimolato il giudice a utilizzare al massimo la clausola generale del danno risarcibile e ora stiamo esercitando un ruolo opposto di contenimento”²⁶.

Dieci anni dopo, questo ruolo sembrò potersi dire idealmente affidato alla prima rivista italiana dedicata espressamente a “danno e responsabilità”, a una responsabilità civile che era venuta conquistando “un rilievo sempre più marcato, quasi un riscatto dall’ancillarità [...] rispetto ai fasti dogmatici della teoria negoziale”; e ciò grazie soprattutto a una “giurisprudenza che nel frattempo si scopriva protagonista dell’universo giuridico”²⁷.

6. Con l’inizio del nuovo secolo “la Corte costituzionale cede il passo alla Corte di cassazione”²⁸. Il “passaggio del testimone” è documentato da tre sentenze uscite nel corso del “fatidico” anno 1999, l’anno in cui – giova ricordarlo venivano introdotti nella nostra Costituzione, attraverso la riformulazione dell’art. 111, i fondamentali principi del “giusto processo”. Interessando sotto distinti profili l’area del danno risarcibile, tali sentenze suscitavano nel loro complesso “l’immagine dell’universo in espansione”²⁹.

²⁴ F. Galgano, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da Francesco Galgano, 1985, p. 33 s.

²⁵ S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p.116.

²⁶ F. Galgano, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 192 s.

²⁷ R. Pardolesi, *Orgogliosi di quel che è stato. E fiduciosi di far meglio nel futuro*, in *Danno e resp.*, 2020 [25 anni dopo], p. 295 s.

²⁸ G. Ponzanelli, *Ricomposizione dell’universo non patrimoniale: le scelte della Corte di cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 829.

²⁹ F. Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1..

“Epocale fu subito qualificata, dai primissimi commentatori³⁰, la sentenza n. 500 delle Sezioni unite (“un vero *grand arrêt*, direbbero i francesi)³¹. Essa “chiude e apre un’epoca”³². Pone fine a “un’isola di immunità e di privilegio che mal si concilia con le più elementari esigenze di giustizia” e “afferma la risarcibilità degli interessi legittimi quante volte risulti lesa, per effetto dell’attività illegittima e colpevole della p.a., l’interesse al bene della vita al quale l’interesse legittimo si correla”³³. Ma il principio di diritto era ancora più ampio; dava per “posto che ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana in capo all’autore di un fatto lesivo di *interessi giuridicamente rilevanti* non assume rilievo determinante *la qualificazione formale* della posizione giuridica vantata dal soggetto danneggiato”.

Le altre due sentenze, entrambe emesse dalla “terza Sezione”, muovevano dalla prospettiva settoriale della responsabilità medica per delineare più in generale prospettive e limiti dei nuovi sviluppi giurisprudenziali.

La prima di esse (sentenza n. 589)³⁴, avventurandosi nella *terra di nessuno* tra le due strutture codicistiche di responsabilità, fa propria una figura dottrinale di c.d. responsabilità “da contatto sociale” allo scopo di “far passare per contrattuale ciò che, in realtà, contrattuale non è”, favorendo la posizione del danneggiato (in ipotesi assunto come ‘parte debole’ del rapporto) in “termini di prescrizione del diritto e di ripartizione dell’onere della prova: doppio il primo, più agevole il secondo”³⁵. Questo indirizzo giurisprudenziale, introdotto allo scopo precipuo di agevolare il paziente in caso di ipotizzata responsabilità del medico dipendente ospedaliero, andò incontro a una reazione “altalenante” del legislatore, intervenuto in un primo momento per uniformarsi alla consueta “medicina dell’obbedienza giurisprudenziale”³⁶ per poi fare marcia indietro stabilendo in toni categorici che “l’esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell’art. 2043”. Ma lo stesso indirizzo sopravvive, *mutatis mutandis*. in altre direzioni, in particolare con riferimento alla responsabilità della pubblica amministrazione per effetto della lesione dell’affidamento del privato. Le Sezioni unite hanno di recente (ord. n. 8236/2020) avuto modo di confermare che “detta responsabilità vada ricondotta al paradigma della responsabilità da contatto sociale qualificato”³⁷.

³⁰ “Non c’è pietra che tenga, le frontiere mobili della responsabilità civile erodono l’ultimo bastione, il danno ingiusto dilata la sua amebica consistenza”: A. Palmieri – R. Pardolesi, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487.

³¹ A. Gambaro, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 355 s.

³² P.G. Monateri, *Il tort da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 978 ss.

³³ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500.

³⁴ Cass., 22 gennaio 1999, n.589, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 652.

³⁵ M. Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il “contatto sociale” conquista la Corte di cassazione*, *ivi*, p. 682.

³⁶ A. Fiori, *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell’obbedienza giurisprudenziale*, in *Riv.it. med. leg.*, 2007, p. 925.

³⁷ Cass., sez. un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236.

La seconda sentenza³⁸, confermando “la necessità di rendere effettiva la valutazione equitativa del danno biologico” sottolinea peraltro la possibilità di ricorrere all’utilizzo delle “c.d. tabelle” in uso presso la propria sede giudiziaria o, motivatamente, presso altri uffici giudiziari, fermo restando comunque che “l’utilizzabilità della c.d. tabella da parte del giudice trova fondamento pur sempre nel suo potere-dovere di procedere alla liquidazione del danno con criterio equitativo ai sensi degli art 2056 e 1226 c.c.”. Quanto al danno non patrimoniale i giudici della terza Sezione non mancano di evidenziare che “l’art. 2059 stabilisce limiti assai rigidi, costituendo lo stesso una figura tipica e non atipica come quella di cui all’art 2043”.

7. La sconcertante sconfessione della interpretazione rigorosa dell’art. 2059 e la convulsa evoluzione delle “c.d. tabelle” valsero a caratterizzare il percorso tortuoso dei tentativi di ridurre confusamente a sistema le diverse “anime” del risarcimento dei danni alla persona.

Appena varcata la soglia del nuovo secolo, due famose “sentenze gemelle” della terza Sezione (nn.8277e78/2003) mostrarono infatti di non dare alcun peso a quella sconfessione. Anzi, muovendo disinvoltamente dalla perentoria premessa che “la tradizionale restrittiva interpretazione dell’art. 2059 [...] non può essere ulteriormente condivisa”, passarono ad affermare che “una lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante la riserva di legge di cui all’art. 185 c..p.” per poi concludere che nello stesso contesto di un rifondato danno non patrimoniale deve essere ricondotta la tutela risarcitoria del “cosiddetto [sic] danno biologico”, approdando infine alla costruzione di una bipolarità, concepita come *summa divisio* “tra danno patrimoniale (art. 2043) e danno non patrimoniale (art. 2059)”³⁹. Nel giro di poco più di un mese (come dire, dai “chiaroscuri d’estate”⁴⁰ all’estate piena) seguì la “ancillare” (oserei dire) decisione della Corte costituzionale (sentenza Marini) che non esitava a riconoscere a dette sentenze “l’indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, e di prospettare un’interpretazione tesa a ricomprendere nel danno non patrimoniale sia il danno morale soggettivo, sia il danno biologico in senso stretto, sia il danno derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona” (apparentemente orfano della pristina “matrice” deterrente)⁴¹.

Così non fu. La palese fragilità di detta costruzione provocò in seno alla terza Sezione “forti momenti di contrasto sugli aspetti morfologici e funzionali del danno non patrimoniale” (sviluppando in particolare “il fronteggiarsi, negli ultimi anni, di due contrapposte scuole di pensiero definite, rispettivamente, ‘esistenzialista’ e ‘anti-esistenzialista’”), così da rendere inevitabile, dopo appena un lustro, una richiesta di intervento delle Sezioni

³⁸ Cass., 19 maggio 1999, n.4852, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2874 ss.

³⁹ Cass., 31 maggio 2003, nn. 8277/8, in *Danno e resp.*, 2003, p. 816 ss.

⁴⁰ F.D. Busnelli, *Chiaroscuri d’estate. La Corte di cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 826 ss.

⁴¹ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, ivi, p. 2201 ss.

unite⁴². Ma le cinque sentenze all'uopo intervenute – che mi piacque associare alla “estate di San Martino” (per sua natura ingannevole ed effimera)⁴³ – non sono state in grado, nonostante l'imponente sforzo nomofilattico che le animava, di evitare “il rischio di fallimento, per la presenza strisciante di molte ragioni di ambiguità”⁴⁴.

Il fallimento che si prospettava era il riflesso del progressivo deterioramento di un “principio giurisprudenziale” di risarcimento c.d. integrale del danno, imperniato sul sistema francese di responsabilità civile meramente compensativa – teso a risarcire “*tout le préjudice*”, ma “*rien que le préjudice*” – e asseverato da una nostra giurisprudenza secondo cui “nel vigente ordinamento – sanciva al riguardo la Corte di Cassazione – l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è *indifferente la condotta del danneggiante*”⁴⁵.

E' risaputo che l'estate di san Martino non stabilizza il bel tempo. Era dunque prevedibile che nuove nubi si sarebbero addensate nel cielo del danno (non patrimoniale) alla persona⁴⁶.

8. Il tentativo di riordino sistematico operato dalle Sezioni unite non è dunque riuscito, in particolare, a offrire indicazioni compiute sulle modalità di adeguamento dei criteri di liquidazione equitativa, e ha aperto le porte all'avvento di una anarchia del dopo-principio e alla conseguente proliferazione di vicende di “giurisprudenza per cantoni”⁴⁷.

Il legislatore, che era a lungo rimasto sordo ai ricorrenti appelli, aveva infine “partorito [nel 2005] il topolino del codice delle assicurazioni”: il quale, agli artt. 138 e 139, si atteneva a una definizione tradizionale del danno biologico, limitata nei suoi criteri di calcolo alla materia dell'infortunistica stradale e istituzionalmente finalizzata al contenimento dei premi assicurativi⁴⁸.

A questo modello di tabella legislativa a dimensione “settoriale” si venne contrapporre, nel giro di .cinque anni, un modello di tabella giurisprudenziale a dimensione “generalista”, rimasto fedele al “principio giurisprudenziale” del risarcimento c.d. integrale del danno non patrimoniale. Una sentenza, destinata a passare alla storia per avere inaugurato una singolare “vocazione nazionale”, al fine di giungere al risultato di attribuire d'autorità ai valori di riferimento per la liquidazione del danno alla persona adottati dal Tribunale di Milano “il

⁴² Cass., terza Sez., ord., 25 febbraio 2008, n. 4712, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1447 ss.

⁴³ F.D. Busnelli, ... e venne l'estate di San Martino, in *Rivista nazionale forense*, n. 6, 2008, p. 825 ss.

⁴⁴ R. Pardolesi – R. Simone, *Danno esistenziale (e sistema fragile): “die hard”*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 130.

⁴⁵ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1465.

⁴⁶ F.D. Busnelli, ... e venne l'estate, cit., p. 827 s.

⁴⁷ F.D. Busnelli, *Danno alla salute ad una svolta: legge sì, legge no?*, in *Danno e resp.*, 1998, p.305

⁴⁸ C. Sganga, *Una nuova equità? Le tabelle di Milano e la Cassazione tra ius dicere e ius dare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1, p. 1065.

valore da ritenersi 'equo' ", si assunse l'impegno di sviscerare in motivazione il concetto di equità prendendo le mosse dalla "tradizionale affermazione secondo cui l'equità sarebbe la regola del caso concreto" per sostenerne il superamento in quanto essa "non ne esaurisce il senso e il contenuto" posto che "alla nozione di equità è consustanziale non solo l'idea di adeguatezza ma anche quella della proporzionalità"⁴⁹.

Il confronto tra i due modelli di tabellazione, evidenziato dalla contrapposizione tra l'obiettivo istituzionale dell'adeguato ristoro, che contraddistingueva l'impianto legislativo, e il principio giurisprudenziale del risarcimento c.d. integrale di stampo francese sembrò progressivamente assumere una piega diversa quando l'interpretazione nostrana di detto principio cominciò a mettere in crisi i confini risarcitori della "blindatura" negativa del precetto "*rien que le dommage*", trovando nelle nuove espressioni del vecchio danno esistenziale una nuova vena di espansione risarcitoria.

Il "privilegio" del Tribunale di Milano non restò isolato. Nacquero nuove "tabelle giudiziali" (Roma, Venezia) instaurando un'aperta (e talvolta conflittuale) competizione di idee, mentre si andava diffondendo la convinzione che "sono la sofferenza interna [il danno morale soggettivo] ed esterna [le dinamiche relazionali di una vita che cambia] a preesistere al danno biologico inteso come categoria di pensiero, e non l'opposto". "Il punto di partenza – si scrisse al riguardo in termini decisamente rudi - sarebbe affatto speculare a quello del giurista; non sono le categorie giuridiche, evidenti costruzioni di sovrastruttura, a potersi porre come *prius* logico ad informare l'elaborazione di un accettabile sistema di danni alla persona"⁵⁰.

9. Il 2017 fu, sorprendentemente, l'anno caratterizzato da un insolito episodio di tendenziale convergenza tra la tabellazione legale e le tabelle giudiziarie; e ancor prima, e in termini più generali, l'anno di un insperato ritorno, aggiornato, alla responsabilità aquiliana.

Un legislatore "occasionale" andò incontro a una "volubile" giurisprudenza "occasionale". E in dottrina, "le stelle stavano a guardare", attonite, questo segmento di pace.

La "volubilità" della giurisprudenza, anzitutto (5 luglio). Le Sezioni unite, che nel 2015 avevano confermato "*l'ormai compiuto superamento della prospettiva originaria* secondo la quale il cuore del sistema della responsabilità civile era legato a un profilo di natura soggettiva e psicologica" per passare ad un sistema di responsabilità sempre più spesso oggettiva a impostazione evidenziante un'esigenza primaria di riparazione dei pregiudizi"⁵¹, sono tornate due anni dopo a riscoprire "una natura polifunzionale dell'istituto, che si proietta

⁴⁹ Cass., 7 giugno 2011, n. 12408, *ivi*, p. 1058 ss.

⁵⁰ G. Travaglino, *Il futuro del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 116 ss.

⁵¹ Cass., SS.UU., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, p. 889.

verso più aree, tra cui *sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio punitiva*⁵².

La “occasionalità” dell’intervento legislativo, subito dopo (4 agosto). L’evento più sorprendente fu l’estemporaneo inserimento al comma 17 dell’unico articolo della “legge annuale [2017] per il mercato e la concorrenza” di un significativo “ritocco” degli articoli 138 e 139 del testo unico sulle assicurazioni. Si aprì così uno spiraglio nella prospettiva di un’autonoma valorizzazione del danno morale, scardinando l’unitarietà del danno non patrimoniale, sulla quale erano basate le tabelle giudiziali: tra le quali si scatenò immediatamente una vera e propria “guerra delle tabelle”⁵³ nella corsa all’adattamento del loro testo al nuovo “verbo” di un legislatore “occasionale” che affiancava agli immediati “ritocchi” l’annuncio (finora inevaso) della “predisposizione di una specifica tabella unica in ordine al risarcimento del “danno non patrimoniale per lesioni di non lieve entità”.

10. In questo clima di rissosa incertezza è spuntato – siamo così giunti ai nostri giorni - un ramoscello di pace, offerto questa volta all’interno delle sentenze della terza Sezione. E’ il c.d. “decalogo”, preannunciato in particolare da una sentenza in cui presidente e relatore, autorevoli protagonisti di orientamenti in meditata ricerca di conciliazione, esposero i “principi” di un programma all’uopo concordato⁵⁴, e seguito dalle dieci sentenze evocativamente pubblicate il giorno di San Martino del 2019. Esse sono state chiamate –si è aulicamente commentato in dottrina – a “continuare a costruire le restanti navate della cattedrale risarcitoria”⁵⁵.

11. *“One view of the cathedral”*⁵⁶. Prendo arditamente in prestito la celebre immagine calabresiana per esporre alcune brevi considerazioni conclusive, frutto del mio sbirciare dalla “soffitta” di giurista del secolo scorso, a suo tempo giovanilmente affascinato dalle conquiste di un diritto giurisprudenziale vivente, oggi ansioso di valutare gli obiettivi e di soppesare le modalità operative di esercizio di un diritto giurisprudenziale ambiziosamente destinato, con l’insorgente benessere del legislatore, ad affermarsi “diritto giurisprudenziale positivo”.

Procederò per singole *views* della “cattedrale”.

⁵² Cass., SS.UU., 5 luglio 2017, n.16601, *ivi*, 2017, p.419.

⁵³ M. Gagliardi, *Il nuovo sistema del danno non patrimoniale e la “guerra” delle tabelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p.31 ss.

⁵⁴ Cass., terza Sez., 27 marzo 2018 (ord.), n. 7513, in *Danno e resp.*, 2018, p. 456 ss.

⁵⁵ G. Comandé, *La “cabala dei costruttori di sistema, la rc sanitaria e ... non solo*, in *I dialoghi dell’Osservatorio. 10 sentenze che riscrivono la responsabilità sanitaria* (Scuola superiore Sant’Anna, 21 novembre 2019).

⁵⁶ Calabresi-Melamed, *Property rules, liability rules and inalienability. One view of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, p. 1089 ss.

L'obiettivo di partenza mi sembra quello di stabilire un'atmosfera di pace, o meglio di pacificazione; e di costruirla muovendo "dal basso", da una singola Sezione, appropriandosi di una funzione di nomofilachia istituzionalmente spettante alle Sezioni unite. Una "usurpazione" sfacciata quanto salutare; "una grande novità del diritto vivente – ha scritto un'autorevole dottrina – un nuovo modo di far giurisprudenza"⁵⁷.

L'obiettivo da perseguire consiste nel rileggere, alla luce del sopraggiunto intervento legislativo, l'opzione consistente nell'affiancare al risarcimento di "un danno permanente alla salute (misurato secondo il sistema c.d. del punto variabile)" una "separata valutazione e liquidazione" tanto dell'aspetto interiore del danno (la sofferenza morale) quanto del suo impatto modificativo *in peius* con la vita quotidiana".

Le modalità operative richiamano l'obbligo di procedere, "nell'uno come nell'altro caso, senza automatismi risarcitori e dopo accurata ed approfondita istruttoria"⁵⁸: ne sono esemplare espressione le recenti decisioni in tema di danno da perdita del rapporto parentale, dalla sapiente e diffusa sentenza n. 10579/2021 ("quando il caso concreto impone la presa di distanza rispetto alla standardizzazione tabellare determinante diventa la motivazione [...], che è anche sostanza della decisione") alla scarna e incisiva sentenza n.11689/2022 ("Varrà ribadire la necessità che il giudice di merito provveda a valutare analiticamente tutte le circostanze di fatto che risultino effettivamente specifiche e individualizzanti [] evitando di ridurre la motivazione a mera apparenza").

Si tratta, in ultima analisi, di una sfida: una sfida avvincente, non priva di incognite (tra le quali, ovviamente, il pericolo incombente di un'incontenibile valanga risarcitoria), ma che fa sperare in un futuro di risarcimento del danno alla persona più giusto.

O forse è, più semplicemente, soltanto un "sogno di giustizia". E' questo il titolo di un romanzo⁵⁹ scritto da un magistrato esemplare per cultura, dedizione e umiltà. Ci incontrammo, candidati entrambi al concorso per la magistratura; ci ritrovammo a Teramo, lui rimasto giudice e io ivi diventato docente; lavorammo insieme con gioia e profitto. Continuerò a ricordare il suo sorriso ora che non c'è più.

⁵⁷ G. Ponzanelli, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza Sezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1, p. 836.

⁵⁸ Cass., 27 marzo 2018 (ord.), n. 7513, cit.

⁵⁹ D. Referza, *Sogno di giustizia*, S. Atto di Teramo, 1977.