

LE REGOLE PER LA DETERMINAZIONE DEL DANNO RISARCIBILE DA ILLECITO EXTRACONTRATTUALE

Milano, 5 maggio 2017

Premessa.

Lo studio delle regole per la determinazione del danno risarcibile da illecito extracontrattuale presuppone una preliminare definizione di quest'ultimo nonché l'individuazione dei suoi presupposti strutturali.

L'illecito extracontrattuale (o illecito aquiliano dalla *Lex Aquilia*) può definirsi quale condotta atipica, di carattere doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto (cfr. art. 2043 c.c.).

Il fatto illecito, com'è noto, rientra tra le fonti delle obbligazioni (art. 1173 c.c.) unitamente ai contratti ed agli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazione. Pertanto, il compimento dell'illecito – nei termini di cui si dirà *infra* – determina l'insorgenza di una obbligazione risarcitoria del danno (patrimoniale o non patrimoniale) che il fatto illecito ha cagionato; tale obbligazione è generalmente di dare, avente per oggetto, cioè, una somma di danaro che rappresenta l'equivalente monetario del danno cagionato, ma, ove possibile, può anche essere ammesso il risarcimento in forma specifica (art. 2058 c.c.) che può dar luogo ad una obbligazione di fare.

L'illecito extracontrattuale deve essere tenuto distinto sia dall'illecito contrattuale (art. 1218 c.c.) che si perfeziona con l'inadempimento di obblighi contrattuali, sia dall'illecito penale, il quale si perfeziona, invece, con il compimento di un fatto previsto dalla legge come reato cui conseguono le sanzioni penali tipizzate dal legislatore.

Fatta questa premessa di carattere generale, giova a questo punto soffermare l'attenzione sulla struttura dell'illecito di cui all'art. 2043 c.c..

La fattispecie normativa sopra richiamata può essere scomposta in due parti:

- La prima parte, “*qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto*”, individua i presupposti strutturali della fattispecie sotto il profilo della c.d. ***causalità materiale*** che risponde alla domanda: chi ha commesso il fatto?
- La seconda parte, “*obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”, individua gli elementi della c.d. ***causalità giuridica*** che risponde alla domanda: quanto deve risarcire?

[Secondo la giurisprudenza prevalente¹, tale distinzione è ravvisabile, rispettivamente, nel primo e nel secondo comma dell'art. 1227 c.c.: il primo comma attiene al contributo eziologico del debitore nella produzione dell'evento dannoso, il secondo comma attiene, invece, al rapporto evento/danno-conseguenza, rendendo irrisarcibili alcuni danni].

Dalla scomposizione strutturale del dato normativo nei termini predetti, può agevolmente evincersi che, a differenza dell'accertamento penalistico ove ai fini della sanzione penale si imputa al reo il fatto-reato (il cui elemento materiale è appunto costituito da condotta, nesso causale ed evento naturalistico o giuridico), ai fini della responsabilità civile ciò che si

¹Cfr. *ex multis* Cass. sez. un. 21 novembre 2011, n. 24406

imputa al soggetto autore dell'illecito è il danno e non il fatto in quanto tale, pur essendo sempre necessario che vi sia un "fatto" affinché sorga la responsabilità civile, giacché l'imputazione del danno presuppone l'esistenza degli elementi strutturali di cui all'art. 2043 c.c..

Pertanto, la nozione di "danno" rileva nel giudizio aquiliano sotto due² profili diversi:

- sia come evento lesivo (c.d. danno-evento): retto dalla **c.d. causalità materiale**;
- sia come insieme di conseguenze risarcibili (c.d. danno-conseguenza): retto dalla **c.d. causalità giuridica**.

Il danno oggetto dell'obbligazione risarcitoria aquiliana è quindi esclusivamente il danno-conseguenza del fatto lesivo (di cui è un elemento l'evento lesivo): se sussiste solo l'evento lesivo, ma non vi è un danno-conseguenza, non vi è l'obbligazione risarcitoria.

Ne consegue che esistono due momenti diversi del giudizio aquiliano cui deve fare riferimento l'interprete:

- 1) la costruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità "strutturale" (secondo le regole della causalità materiale di cui agli artt. 40 e 41 c.p. ove il danno rileva solo come evento lesivo) e
- 2) la determinazione dell'intero danno cagionato che costituisce l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria.

È in questo secondo passaggio dell'accertamento della causalità che occorre fare applicazione delle regole di determinazione del danno risarcibile che delimitano, con l'individuazione delle singole conseguenze dannose, i confini di una (già accertata) responsabilità risarcitoria, così selezionando i soli danni giuridicamente risarcibili rispetto a quelli naturalmente prodotti dal fatto illecito (cfr. Cass. civ., sezioni unite, n. 576 del 2008).

Quali sono, dunque, le regole di determinazione del danno risarcibile?

Le regole predette si rinviengono, attraverso il rinvio espresso dell'art. 2056 c.c., nelle norme di cui agli artt. 1223 e 1227, II comma c.c.: sono, dunque, risarcibili solo i danni che siano conseguenza immediata e diretta del fatto illecito (1223 c.c.) e che non siano evitabili con l'uso dell'ordinaria diligenza (art. 1227, II comma, c.c.).

Ciò premesso, analizziamo a questo punto – seppur sinteticamente – il primo momento di accertamento del giudizio aquiliano, ovvero gli elementi che connotano la fattispecie extracontrattuale sotto il profilo strutturale (prima parte dell'art. 2043 c.c.) e successivamente ci soffermeremo sulle regole di determinazione del danno risarcibile, oggetto della presente trattazione (seconda parte dell'art. 2043 c.c.).

² In ordine alla distinzione tra c.d. causalità materiale e causalità giuridica, deve evidenziarsi che in una recente sentenza la Suprema Corte (Cass. civ., sez. III, 29 febbraio 2016, n. 3893) si è pronunciata nei seguenti termini: *“Va altresì posto in rilievo che, dovendo la relazione materiale designante il derivare di un evento da una condotta (dolosa o) colposa essere correttamente qualificata come nesso di causalità (non già meramente materiale bensì) giuridica, quantomeno in ragione dell'essere essa rilevante per il diritto (come invero sostanzialmente adombrato già dalla suindicata Cass. n. 15991 del 2011), il diverso ed autonomo (successivo) momento della determinazione del risarcimento dovuto attiene in realtà propriamente non già al piano della "causalità giuridica" bensì a quello dei criteri di delimitazione dell'ambito del danno risarcibile, come risulta confermato (anche) dalla segnalata interpretazione che riceve l'art. 1223 c.c.”.*

Elementi (e regole) strutturali della fattispecie aquiliana: art. 2043 c.c.

- ✓ Il **fatto illecito** quale comportamento, attivo od omissivo, che cagiona il danno ingiusto, deve essere inteso nella sua nozione estensiva ovvero quale complesso di accadimenti determinanti un danno ingiusto che possono rinvenirsi sia in una condotta umana che in altri fattori (es. animali o *res* in custodia) in un'ottica di solidarietà sociale (art. 2 Cost.).
- ✓ Il fatto compiuto deve essere **imputabile** ai sensi dell'art. 2046 c.c. ovvero colui che lo ha commesso doveva avere la capacità di intendere o di volere, fatta salva l'ipotesi in cui lo stato di incapacità derivi da sua colpa (cfr. sul punto *l'actio libera in causa*: art. 87 c.p.).

L'imputabilità deve tenersi distinta dalla colpa, essendo un elemento del tutto autonomo da essa (non è, infatti, un presupposto dell'elemento soggettivo).

- ✓ Non devono sussistere cause di giustificazione (per la cui nozione si rinvia agli artt. 50 ss. c.p.): artt. 2044 e 2045 c.c..
- ✓ Il fatto compiuto deve essere connotato dalla **colpevolezza** dell'agente, la quale può declinarsi nella colpa o nel dolo. Quanto alle nozioni di dolo e colpa devono essere richiamate quelle elaborate in ambito penalistico che si rinvencono nel disposto di cui all'art. 43 c.p..
- ✓ Quanto alla nozione del **danno ingiusto** cagionato dal comportamento illecito, la stessa è stata oggetto di una lunga elaborazione giurisprudenziale: sinteticamente, si rammenta che con il codice civile del 1942, il legislatore, nel formulare l'art. 2043 c.c., ha fatto espresso riferimento al requisito sostanziale dell'ingiustizia del danno (e non del fatto), ma la dottrina dominante per lungo tempo è rimasta fedele alla costruzione dommatica degli atti illeciti così come delineatasi nel corso della vigenza del codice civile del 1865, laddove ingiusti venivano catalogati i comportamenti umani violativi del c.d. dovere generale del *neminem laedere*, inteso come formula riassuntiva di tutti i doveri specifici imposti a ciascuno dalle singole disposizioni di legge previste nell'ordinamento.

Soltanto negli anni sessanta, nell'ottica di una nuova concezione della responsabilità civile più aderente alle esigenze poste da una realtà sociale in continuo sviluppo e nel rispetto del dato letterale di cui all'art. 2043 c.c., si è proposta, a livello interpretativo, una trasposizione concettuale del requisito dell'ingiustizia dal fatto al danno. Da tale nuova impostazione ricostruttiva è derivata, quale logica conseguenza, una configurazione dell'obbligo risarcitorio inteso non più come strumento sanzionatorio di un comportamento lesivo di specifici doveri giuridici, bensì inteso quale strumento atto a rimediare al danno ingiusto sofferto dalla vittima dell'azione illecita.

In quest'ottica l'art. 2043 c.c. ha assunto i connotati di una clausola generale contenente una fattispecie complessa (una clausola atipica) dotata, dunque, di una propria autonomia funzionale, per la cui integrazione non è più necessario individuare la preesistente sussistenza della violazione di doveri imposti da altre norme giuridiche, ma è necessario verificare che il comportamento posto in essere abbia in concreto prodotto un danno ingiusto. Così opinando la dottrina voleva permettere la protezione di tutte quelle situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela secondo le esigenze e i valori emergenti dal contesto storico e sociale di riferimento.

Sul punto l'evoluzione giurisprudenziale ha visto per lungo tempo delimitare l'area dell'ingiustizia del danno alle sole lesioni di diritti soggettivi assoluti. Successivamente, negli anni settanta, la Corte di Cassazione ha ammesso la risarcibilità *ex art.* 2043 c.c. in ipotesi di diritti soggettivi relativi, lesi da condotte illecite provenienti da soggetti estranei al rapporto obbligatorio (cfr. Cass. civ. sez. un. 174 del 1971); si è dunque registrata una importante evoluzione giurisprudenziale volta al superamento dei confini del diritto soggettivo ed al riconoscimento della protezione anche a situazioni giuridiche non ascrivibili allo stesso, evoluzione approdata alla celebre pronuncia della Suprema Corte di legittimità (Cass. civ., sez. un., n. 500 del 1999), con la quale è stata accordata protezione alle lesioni di interessi legittimi.

- ✓ Ultimo presupposto indefettibile delle regole della fattispecie, sotto il profilo strutturale, è il **nesso di causalità** che deve legare eziologicamente il comportamento illecito all'evento dannoso (= danno ingiusto → lesione della posizione giuridica).

Qui si colloca la **c.d. causalità materiale** che attiene al primo momento accertativo che compete al giudice del merito.

Causalità materiale.

Nel modello di responsabilità civile il rapporto di causalità materiale, non sussistendo alcun pregresso legame tra danneggiante e danneggiato, è finalizzato, come accennato *supra*, ad individuare l'autore del fatto illecito e, in particolare, colui che ha cagionato la lesione della posizione giuridica protetta e dunque il danno ingiusto.

In difetto di normativa specifica in ambito civilistico, la giurisprudenza e la dottrina hanno mutuato l'elaborazione penalistica in materia di causalità e le regole contenute negli artt. 40 e 41 c.p., facendo applicazione della **c.d. teoria condizionalistica**, la quale presuppone l'effettuazione di un giudizio controfattuale finalizzato a stabilire se, eliminando – o, negli illeciti omissivi, aggiungendo – quella determinata condotta, l'evento si sarebbe ugualmente verificato. Tale ricostruzione va integrata con la teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura nelle ipotesi in cui, alla luce delle conoscenze specialistiche di quel determinato momento storico, non è dato sapere se quella condotta possa avere efficacia causale nella determinazione del danno.

La valenza eziologica deve essere successivamente assegnata soltanto a quelle condotte che sono idonee, secondo un giudizio prognostico *ex ante*, a cagionare quel determinato evento, ciò in applicazione della teoria della causalità adeguata in forza della quale occorre, dunque, verificare se vi sia una relazione di regolarità causale tra condotta ed evento.

La regola probatoria che infine il giudice civile dovrà applicare nell'accertamento del rapporto di causalità sarà quella del “***più probabile che non***”: qui si coglie la principale differenza rispetto alla responsabilità penale, nell'ambito della quale la diversità di beni giuridici tutelati impone che l'autore del reato venga individuato “**al di là di ogni ragionevole dubbio**” (Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, imp. Franzese).

In ambito civilistico, deve evidenziarsi che l'accertamento della causalità materiale è una peculiarità del modello di responsabilità civile extracontrattuale, atteso che, in ambito contrattuale, sussistendo un rapporto giuridico tra creditore e debitore, si conosce già

l'autore dell'illecito, pertanto rileva il solo nesso di causalità giuridica volto a determinare, come vedremo, i pregiudizi effettivamente subiti dal danneggiato (art. 1223 cod. civ.).

Causalità giuridica e criteri di determinazione del danno risarcibile.

Esaurito l'accertamento dell'illecito sotto il profilo materiale (e strutturale), la seconda fase della verifica causale che il giudice deve compiere in presenza di un illecito riguarda, come detto, il problema della selezione delle conseguenze risarcibili, e dunque se il danneggiante debba rispondere di tutte le ripercussioni che sul patrimonio del danneggiato ha comportato il fatto illecito o soltanto di alcune di esse.

Le regole che governano la **c.d. causalità giuridica** (o funzionale) si rinvencono, come detto in premessa, nell'art. 2056 c.c., dato normativo che individua, attraverso l'espresso rinvio ad alcune norme della disciplina contrattuale (artt. 1223, 1227 c.c.) le regole che devono applicarsi nella determinazione del danno risarcibile in materia aquiliana.

- 1) Quanto alla prima delle predette regole, l'art. 1223 c.c. – il quale viene considerato il fondamento normativo della causalità giuridica – configura letteralmente i danni come conseguenze dell'inadempimento. Interpretando la norma adattandola alla fattispecie prevista in materia extracontrattuale (*ex* art. 2056 c.c.), risulta come nel campo della responsabilità civile i danni debbano essere valutati come conseguenze del fatto stesso, inteso unitariamente quale l'insieme di condotta ed evento, ed è proprio nei confronti di questo fatto, unitariamente inteso, che deve riscontrarsi la loro natura immediata e diretta.

Dalla lettura della prima parte della norma si evince che il risarcimento del danno deve essere integrale e deve, cioè, corrispondere alla differenza tra il valore effettivo del patrimonio in un determinato momento ed il valore che si sarebbe potuto realizzare, se l'obbligazione fosse stata esattamente adempiuta³ e per assicurare una riparazione integrale, il risarcimento deve comprendere una somma corrispondente alla **“perdita subita”** dal patrimonio del creditore (danno emergente) e una somma corrispondente al **“mancato guadagno”**, inteso come mancato aumento del patrimonio (lucro cessante), entrambi – danno emergente e lucro cessante – in quanto ne siano, però, **conseguenza immediata e diretta**.

Il concetto di conseguenza “immediata e diretta” è nel senso di non porre a carico del debitore tutte le conseguenze del fatto che potrebbero andare all'infinito: dunque la *ratio* sottesa a tale interpretazione è quella di non rendere insopportabile al soggetto agente il rischio del suo agire.

La giurisprudenza, nell'interpretare l'art. 1223 c.c., ha elaborato una serie di regole utili nella selezione dell'area del danno risarcibile individuando i criteri della normalità e della prevedibilità, così accogliendo un'interpretazione elastica della predetta disposizione volta a comprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati, purché effetto normale dell'evento lesivo aquiliano, in applicazione della teoria della causalità adeguata: *“il criterio in base al quale sono risarcibili i danni conseguiti in via diretta e immediata dall'inadempimento, deve intendersi, ai fini della sussistenza del nesso di causalità, in modo da comprendere nel risarcimento i danni indiretti e mediati, che si presentino come effetto normale dell'inadempimento, secondo il principio della cd. regolarità causale (o teoria*

³ (BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Indica*, Zatti, Milano, 1991, 635; VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in *Tratt. Rescigno*, 9, I, Torino, 1984, 196)

della causalità adeguata); in conseguenza, mentre sono da escludere i danni verificatisi per l'intervento di cause e circostanze estranee al comportamento dell'obbligato, vi rientrano, invece, gli altri danni, quando, pur non producendo il fatto di per sé quel determinato evento, abbia tuttavia prodotto uno stato di cose tali che senza di esso non si sarebbe verificato" (cfr. ex multis Cass. civ. 24 aprile 2012, n. 6474; Cass. 4 luglio 2006, n. 15274; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16163).

A titolo esemplificativo: in tema di risarcimento del danno ai prossimi congiunti di persona che abbia subito, a causa di fatto illecito costituente reato, lesioni personali spetta anche il risarcimento del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale concretamente accertato in relazione ad una particolare situazione affettiva della vittima, non essendo ostativo il disposto dell'art. 1223, in quanto anche tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso; ne consegue che in tal caso il congiunto è legittimato ad agire *iure proprio* contro il responsabile (cfr. Cass. civ. n. 8546 del 2008).

In particolare, quanto all'interpretazione ed applicazione dell'art. 1223 c.c., la giurisprudenza di legittimità, in un primo momento, ricostruiva il danno conseguenza – come visto *supra* – attraverso il richiamo alla regole della causalità adeguata (o regolarità causale), elaborando, dunque, un criterio volto ad individuare l'idoneità dell'azione alla produzione del danno sulla base di un giudizio *ex ante* per il quale devono considerarsi conseguenze del fatto solamente quelle che rientrano in una successione normale o sulla base di un calcolo di regolarità statistica da valutarsi secondo le circostanze del caso concreto.

In quest'ottica, ai fini della riconducibilità di un evento a un determinato comportamento, non era sufficiente che tra l'antecedente e il dato consequenziale sussistesse un qualsiasi rapporto di sequenza, occorrendo invece che tale rapporto integrasse gli estremi di una sequenza costante, secondo un calcolo di regolarità statistica, per cui l'evento appaia come una conseguenza normale dell' antecedente. I concetti di "normalità", "regolarità statistica", "probabilità" e "prevedibilità" venivano, dunque, considerati quali sinonimi al fine di esprimere il giudizio riguardo alla sussistenza della causalità giuridica (cfr. sul punto *ex multis* (Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576).

L'art. 1223 c.c. veniva, quindi, inizialmente interpretato secondo i principi della teoria della regolarità causale, per cui il danno poteva ritenersi risarcibile nella misura in cui esso potesse considerarsi un effetto ordinario normale, e quindi regolare, del fatto del danneggiante. In applicazione della teoria dell'adeguatezza o della regolarità causale, la giurisprudenza ha anche distinto tra un illecito che è causa e un altro che è soltanto occasione del danno (cfr., in materia di responsabilità da cose in custodia, Cass. civ. 20317 del 2005).

Con la pronuncia n. 21255 del 17 settembre 2013, la sezione terza della Suprema Corte ha diversamente affermato, avuto riguardo alla c.d. causalità giuridica: che l'art. 1223, dichiarando come (causalmente) rilevanti soltanto quelle conseguenze "dirette ed immediate" del fatto, è regola di fattispecie, e non anche (soltanto) di risarcimento; che l'indagine sul rapporto tra l'evento di danno e le conseguenze dannose in concreto risarcibili non è detto che non sia (anche o talvolta) una indagine causale; che tale secondo segmento della causalità (c.d. causalità giuridica, *rectius* funzionale) presuppone risolta la questione della causalità materiale in ossequio alle regole di struttura della causalità; che anche la regola di funzione (*id est*

probatoria) risulta, oggi, in ambito civilistico quella del “*più probabile che non*”; che, dunque, una volta identificato correttamente il percorso causale, ed individuato come secondo segmento di casualità (giuridica e funzionale) quello che lega l'evento alla conseguenza dannosa, è innegabile che il primo abbia avuto efficienza causale sul secondo, generandone la lamentata distorsione contenutistica, emendabile, al momento della proposizione dell'azione risarcitoria, soltanto sul piano patrimoniale per equivalente; che, quindi, in sintesi, anche in seno al secondo segmento della causalità, da intendersi anch'esso in senso tecnico, deve farsi ricorso alla regola del più probabile che non, e non alla regola della causalità adeguata.

Vi sarebbe quindi un'unica causalità, una in senso tecnico-funzionale (prima parte dell'art. 2043 c.c.) ed una in senso funzionale (seconda parte dell'art. 2043 c.c.).

- 2) La **seconda regola** di delimitazione dell'area del danno giuridicamente risarcibile rispetto a quelli naturalmente prodotti si rinviene nell'art. **1227, II comma, c.c.**

Tale norma, come accennato *supra*, contiene, nel suo dato letterale, la distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica, come riconosciuto dalla giurisprudenza anche a sezioni unite (Cass. sez. un. 21 novembre 2011, n. 24406; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, cit.; Cass. 8 maggio 2003, n. 6988; Cass. 15 ottobre 1999, n. 11629), rispettivamente, nel primo e nel secondo comma dell'art. 1227 c.c. rubricato "concorso del fatto colposo del creditore".

- ❖ Il primo comma afferma, infatti, che "*se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate*": la norma disciplina, dunque, il concorso di colpa del danneggiato nella produzione del fatto dannoso e pertanto rileva sotto il profilo dell'accertamento materiale della responsabilità, regolando l'ipotesi in cui il fatto colposo del danneggiato interviene a spezzare illegame tra il comportamento del soggetto agente e l'evento, limitando la responsabilità di quest'ultimo o escludendola del tutto.

Sul punto, la giurisprudenza a sezioni unite ha statuito che "*La regola di cui all'art. 1227, comma 1, c.c. non è espressione del principio di autoreponsabilità, ravvisandosi piuttosto un corollario del principio della causalità, per cui il danneggiante non può farsi carico di quella parte di danno che non è a lui causalmente imputabile. Pertanto la colpa, cui fa riferimento l'art. 1227 c.c., va intesa non nel senso di criterio di imputazione del fatto (perché il soggetto che danneggia se stesso non compie un atto illecito di cui all'art. 2043 c.c.), bensì come requisito legale della rilevanza causale del fatto del danneggiato*" (Cass., sez. un., 21 novembre 2011, n. 24406, cit.).

Il concorso colposo del fatto del danneggiato/creditore va tenuto distinto dal concorso di cause naturali: deve rilevarsi che la natura eccezionale del disposto di cui all'art. 1227, I comma, c.c. in ordine alla rilevanza del concorso colposo del danneggiato ai fini della perimetrazione proporzionale del danno addebitale comporta quale conseguente corollario l'irrilevanza dei fattori naturali concausali che non assurgano al rango di caso fortuito idoneo ad interrompere del tutto il nesso eziologico.

Il fatto del danneggiato costituisce eccezione in senso lato pertanto rilevabile anche *ex officio* dal giudice (cfr. Cass. civ., sez. un., 24406/2011 cit.).

- ❖ Il secondo comma, invece, che rileva ai fini della determinazione del danno risarcibile quale regola a tal fine prevista, sancisce che *"il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"*.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, il comma secondo dell'art. 1227 c.c. presuppone invece che si sia già prodotto l'evento dannoso e riflette l'ipotesi delle conseguenze ulteriori della lesione iniziale e quindi rapportabili ad un'unica causa efficiente, ma evitabili dal creditore o danneggiato; tale previsione introduce pertanto il cd. **criterio dell'evitabilità**, strettamente legato alla previsione di cui all'art. 1223 c.c. (Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, cit.; Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619).

L'evitabilità delle conseguenze risarcibili è, invece, un'eccezione in senso stretto che soggiace, dunque, alle preclusioni processuali dicui all'art. 167 c.p.c.⁴.

Regole di determinazione del danno in ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale.

Avuto riguardo alle regole per la determinazione del danno, deve altresì evidenziarsi l'elaborazione giurisprudenziale in ordine ai criteri da utilizzare per la selezione dei danni non patrimoniali risarcibili.

Sul punto, com'è noto, quando si parla del danno risarcibile, il pregiudizio può anche essere di natura non patrimoniale, il quale, ai sensi dell'art. 2059 c.c., deve essere risarcito nelle sole ipotesi previste dalla legge (l'art. 2059 c.c. prevede, infatti, una ipotesi tipica di illecito, contrapposta alla atipicità del danno aquiliano ex art. 2043 c.c. causativo del danno patrimoniale).

Sul punto, in estrema sintesi, si ricorda che, in un primo momento, accedendo ad un'interpretazione restrittiva, erano risarcibili ex art. 2059 c.c. i soli casi di danno non patrimoniale previsto dalla legge che erano ricondotti alla legge penale (art. 185 c.p.), dunque il danno non patrimoniale (inteso come danno morale, patema d'animo, *pretium doloris*) poteva essere risarcito solo se il fatto illecito che lo aveva cagionato integrava gli estremi di un fatto di reato. Successivamente la giurisprudenza di legittimità ha tentato di allargare le maglie della predetta interpretazione restrittiva ed è stata ammessa la risarcibilità del danno non patrimoniale da lesione del diritto alla salute, ricorrendo, però, la tutela al combinato disposto degli artt. 2043 c.c. e 32 Cost., ritenendo il bene giuridico della salute un bene che si colloca nel patrimonio di ognuno. A seguito del susseguirsi di vari orientamenti, sono intervenute le sezioni unite della Suprema Corte del 2008⁵, le quali

⁴ Cfr. art. 167 c.p.c.: *"Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare le proprie generalità e il codice fiscale, i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni."*

A pena di decadenza [costituendosi almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione ovvero almeno venti giorni prima dell'udienza fissata a norma dell'art. 168 bis, quinto comma, c.p.c.] deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Se è omissivo o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla. Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione.

Se intende chiamare un terzo in causa, deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvedere ai sensi dell'articolo 269°.

⁵ Cass. sez. un. 11 novembre 2008, n. 26972.

hanno ricondotto il sistema ad una struttura bipolare, ponendo, accanto al danno patrimoniale *ex art. 2043 c.c.* per lesione di qualunque posizione giuridica, il danno non patrimoniale, categoria omnicomprensiva ed unitariamente intesa, *ex art. 2059 c.c.* che presuppone necessariamente che ci sia stato un danno alla persona, specificando che i “*casi determinati dalla legge*” possono, dunque, essere ricondotti oltre che alla legge penale, altresì alla Costituzione.

Secondo tale prospettiva, la fattispecie tipica dell'art. 2059 c.c. comprende dunque: 1) le ipotesi tassativamente previste dalla legge (es. le ipotesi di reato) in cui la valutazione dell'ingiustizia del danno-evento è qualificata dalla legge stessa con valutazione compiuta dunque dal legislatore, a prescindere dalla rilevanza costituzionale del diritto della persona; 2) le ipotesi in cui la legge ordinaria prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in casi diversi dal fatto di reato (es. art. 15, comma II, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, codice della privacy in materia di protezione dati personali); 3) ipotesi in cui i danni alla persona siano consistiti nella lesione di un diritto costituzionalmente garantito (fondamento è l'art. 2 Cost.).

La lesione dei diritti della persona costituzionalmente garantiti costituisce, dunque, danno ingiusto (danno-evento) e le conseguenze della lesione (danno-conseguenza) si possono ripercuotere sulla interiorità del danneggiato e sulla sua vita di relazione e sono liquidate in via equitativa, evitando le duplicazioni di danno.

La giurisprudenza, in un'ottica di lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., ha previsto la risarcibilità del danno non patrimoniale nelle ipotesi di lesioni di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, a tre condizioni: (a) che l'interesse leso - e non il pregiudizio sofferto - abbia rilevanza costituzionale; (b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); (c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita od alla felicità.

Sul punto si è altresì pronunciata la recente giurisprudenza di legittimità a sezioni unite (Cass. civ., sez. un. 3727 del 2016), la quale, richiamando il principio penalistico della offensività, ha statuito che “*occorre invero ricordare che al principio della necessaria offensività, comunque declinato, fa da pendant, nell'ordinamento privatistico, quello della irrisarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità: della ristorabilità cioè di siffatto tipo di pregiudizio a condizione che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, e che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità*” (cfr. Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. civ. 25 marzo 2009, n. 7211; Cass. civ. 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass. civ. 27 aprile 2011, n. 9422).

Dunque, al fine di evitare la risarcibilità di danni non patrimoniali c.d. bagatellari, la giurisprudenza ha elaborato dei criteri che pongono, sostanzialmente, delle regole per la determinazione del danno (non patrimoniale) risarcibile: 1) la gravità della lesione; 2) la non futilità del danno.

Tale filtro si riferisce evidentemente sia al danno-evento che al danno-conseguenza: la prima selezione (gravità della lesione) opera, infatti, a livello di danno-evento, nel senso che la lesione deve essere una lesione grave dell'interesse di rilevanza costituzionale; la seconda selezione viene in rilievo, successivamente, in relazione al danno-conseguenza attraverso il

criterio della non futilità del danno, cioè il danno-conseguenza deve avere una certa consistenza e non può essere di minima rilevanza.

Conseguentemente, la lieve entità non deve sussistere né nel danno evento né nel danno conseguenza.

Con la pronuncia a sezioni unite, sopra richiamata, la Suprema Corte ha ritenuto applicabile, in modo espresso, il predetto doppio filtro non solo alle ipotesi di lesione di diritti costituzionalmente garantiti, ma altresì alle ipotesi in cui il danno non patrimoniale è un danno c.d. da reato o è previsto da altra legge ordinaria diversa da quella penale: *“È stato invero segnatamente evidenziato che il danno non patrimoniale - qualsiasi danno non patrimoniale - giammai si sottrae alla verifica della gravità della lesione e della serietà del pregiudizio patito dall'istante, essendo consustanziale al principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, di tolleranza della lesione minima: il che vuoi dire che non v'è diritto per cui non operi la regola del bilanciamento, in forza della quale, perché si abbia una lesione ingiustificabile e risarcibile dello stesso, non basta la mera violazione delle disposizioni che lo riconoscono, ma è necessaria una violazione che ne offenda in modo sensibile la portata effettiva. E tanto alla stregua di un accertamento di fatto che pertiene al giudice di merito e che è incensurabile in sede di legittimità, ove adeguatamente motivato”* (cfr. Cass. civ., sezioni unite, n. 3727 del 2016).

Sul punto si richiama anche la pronuncia del 2014 (Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2014 n. 16133) ove la Suprema Corte ha statuito che il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice della privacy) [ipotesi di previsione legislativa – legge ordinaria – della risarcibilità del danno non patrimoniale al di fuori di fattispecie di reato, cfr. *supra*, sub 2)] pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall'interessato), in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva. Il relativo accertamento di fatto è rimesso al giudice di merito e resta ancorato alla concretezza della vicenda materiale portata alla cognizione giudiziale ed al suo essere maturata in un dato contesto temporale e sociale. (In applicazione di tale principio la S.C. ha ritenuto non risarcibile il danno alla privacy consistente nella possibilità, per gli utenti del "web", di rinvenire agevolmente su internet – attraverso l'uso di un comune motore di ricerca – generalità, codice fiscale, attività di studio, posizione lavorativa e retributiva della parte attrice).

Le regole di determinazione del risarcimento del danno non patrimoniale (gravità della lesione e non futilità del danno), volte a limitare la risarcibilità del c.d. danni bagatellari, trovano una deroga legislativa nelle sole fattispecie normative in cui il legislatore con la stessa previsione legislativa consente di andare al di sotto della soglia di integralità del risarcimento, ammettendo il risarcimento del danno non patrimoniale anche di lieve entità: es. art. 139 cod. ass. che disciplina il danno biologico per lesione di lieve entità, limitando il risarcimento del danno che viene liquidato secondo i criteri predeterminati (cfr. Corte Cost. 235/2014 che ha ritenuto la conformità a Costituzione dell'art. 139 cod. ass., ancorché ponga un limite all'integrale risarcimento del danno, sulla scorta del contemperamento di

interessi tra la tutela dei diritti inviolabili della persona ed esigenze parimenti meritevoli quale il dovere di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*).

Liquidazione equitativa.

L'art. 2056 c.c. rinvia, altresì, al disposto normativo di cui all'art. 1226 c.c. che disciplina la valutazione equitativa del danno da parte del giudice attiene non già alla delimitazione dei danni risarcibili (*l'an* dell'obbligazione risarcitoria), bensì alla loro liquidazione, ossia alla determinazione della misura del danno (il "*quantum*" dell'obbligazione risarcitoria).

Il potere di liquidare equitativamente il danno è, dunque, subordinato ad un duplice ordine di condizioni: 1) l'esistenza del danno e l'impossibilità per l'attore di provare il danno nel suo preciso ammontare; 2) l'obbligo per il giudice di indicare i criteri utilizzati per procedere alla concreta liquidazione.

In ossequio al principio dispositivo che permea la materia processual-civilistica, la valutazione equitativa non deve colmare le lacune e le inerzie probatorie del danneggiato-attore, dovendo il giudice tenere conto solo degli elementi provati in giudizio o notori⁶, atteso che la valutazione equitativa ha la sola funzione di colmare le lacune insuperabili nel processo di determinazione del danno.

Gli ambiti in cui si ricorre alla valutazione equitativa nella quantificazione dei danni sono: il danno non patrimoniale, il danno da lucro cessante ed il danno da perdita di *chance*.

La questione che rileva, nella materia, attiene ai criteri applicabili nella valutazione equitativa, i quali possono essere, da un lato, criteri puri, e dall'altro, criteri predeterminati e standardizzati. La Suprema Corte (cfr. Cass. civ. n. 14402 del 2011) ha statuito che, tra i criteri predeterminati e standardizzati, possono collocarsi le c.d. tabelle di liquidazione del danno elaborate a livello territoriale (tra le quali le tabelle del Tribunale di Milano sono risultate quelle statisticamente e maggiormente testate e le più idonee ad essere assunte quale criterio generale di valutazione: cfr. Cass. civ. 12408/2011), pur tenendo sempre conto delle peculiari circostanze del caso concreto che possono condurre il giudice del merito alla c.d. personalizzazione del danno; invero, nella specifica materia del risarcimento del danno non patrimoniale i criteri devono essere idonei a garantire anche la c.d. personalizzazione del danno (cfr. al riguardo la giurisprudenza di legittimità Cass. civ., sez. un., 11/11/2008, n. 26972).

La funzione dell'equità giudiziale (correttiva o integrativa) deve, del resto, assolvere anche alla fondamentale funzione di garantire la coerenza dell'ordinamento, "*assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale*", con eliminazione delle "*disparità di trattamento*" e delle "*ingiustizie*", a tale stregua venendo ad assumere il significato di "adeguatezza" e di "proporzione" (cfr. Cass. civ., 7.6.2011, n. 12408).

Dunque, l'adozione della regola equitativa di cui all'art. 1226 cod. civ. deve garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio nei termini predetti e tale uniformità è stata individuata nel riferimento al criterio di liquidazione predisposto dal Tribunale di Milano, essendo esso già ampiamente diffuso sul territorio nazionale e al quale la Suprema Corte, con la pronuncia sopra richiamata, ha riconosciuto valenza di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno

⁶ Cfr. sul punto art. 278 c.p.c. che consente l'emanazione di una sentenza di condanna generica, per l'appunto quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta.

biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ., fatte salve le concrete circostanze del caso concreto idonee a giustificare il discostamento (si tenga presente, sul punto, che è in corso di discussione in Parlamento la proposta di legge 1063 – Turco – volta ad introdurre tra le modifiche al codice civile, alle disposizioni per la sua attuazione e al codice delle assicurazioni private, i criteri di determinazione del danno non patrimoniale con il richiamo alle tabelle di cui all'allegato che consiste nelle tabelle predisposte dall'osservatorio sulla giustizia civile di Milano).

Onere della prova ed illecito extracontrattuale.

Tra i corollari del processo civile si rinviene, accanto al principio dispositivo e al principio della domanda⁷, il principio del c.d. onere probatorio quale declinazione del più generale principio di disponibilità della prova.

La ripartizione del predetto *onus probandi* è individuata dall'art. 2697 c.c., secondo il quale l'onere di provare un fatto ricade sul soggetto che pone proprio quel fatto alla base della propria tesi.

L'art. 2043 c.c. segue la regola generale per cui in capo al danneggiante/creditore/attore incombe l'onere di provare i singoli elementi della fattispecie aquiliana, mentre in capo al danneggiante/debitore/convenuto compete l'onere di provare i fatti modificativi ed estintivi.

Il sistema di ripartizione dell'onere della prova, così come previsto in via generale dall'art. 2697 c.c., può tuttavia subire delle deroghe ad opera del legislatore attraverso l'introduzione di fattispecie fondate sul meccanismo delle presunzioni *iuris tantum*, esonerando chi agisce in giudizio dalla necessità di provare i fatti costitutivi del diritto fatto valere ed onerando il convenuto alla controprova⁸.

Tra queste ipotesi eccezionali, vi sono per l'appunto le ipotesi speciali di responsabilità extracontrattuale disciplinate dagli artt. 2047 c.c. ss..

Le predette ipotesi speciali possono essere distinte – secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente – in due gruppi:

- 1) Ipotesi di responsabilità oggettiva: artt. 2051, 2052, 2053 c.c..
- 2) Ipotesi di responsabilità per colpa presunta: artt. 2047, 2048, 2054 c.c..

Nelle ipotesi di responsabilità oggettiva, il danneggiato deve provare il fatto storico ed il nesso eziologico che lega il fatto all'evento lesivo, senza alcun onere probatorio in ordine al profilo della colpa, operando la presunzione di responsabilità in capo al soggetto danneggiante; compete a quest'ultimo la prova liberatoria che consiste nel caso fortuito idoneo ad interrompere il nesso eziologico, a nulla rilevando invece il profilo della colpevolezza del danneggiante.

⁷ Cfr. art. 99 c.p.c.: “Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente”.

⁸ Cfr. art. 2727 c.c.: “Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto”.

Cfr. art. 2729, I comma, c.c.: “Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti”.

In tali casi pertanto non è affatto necessaria una valutazione della condotta del soggetto a cui viene imputato il danno:

- l'art. 2051 c.c. imputa al custode in quanto tale (in ragione della sua relazione con la *res*) la responsabilità per i danni provocati dalla cosa stessa (cfr. Cass. civ., n. 17625 del 5 settembre 2016, est. Rossetti);
- l'art. 2052 c.c. – ipotesi speciale di responsabilità da cose in custodia) imputa al proprietario di un animale o a chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso (in via alternativa tra loro) la responsabilità per i danni arrecati dallo stesso (cfr. Cass. civ. 25223/2015 e, da ultimo, Cass. civ. 10402 del 2016);
- l'art. 2053 c.c. imputa al proprietario di un edificio o di un veicolo i danni derivanti da vizi di costruzione dell'edificio (cfr. Cass. civ. 1002/2010).

Nelle ipotesi di responsabilità per colpa presunta, invece, ferma la prova da parte del danneggiante del fatto storico allegato e del profilo eziologico tra il fatto e l'evento lesivo, opera una presunzione *iuris tantum* di colpa dell'autore dell'illecito al quale, pertanto, competerà dare ingresso alla prova contraria in ordine alla valutazione della condotta tenuta:

- l'art. 2048 c.c. imputa ai precettori, ai genitori, ai tutori e ai maestri d'arte la responsabilità per il fatto del minore, dell'allievo o della persona soggetta alla tutela (cfr. Cass. civ. 23202/2015);
- l'art. 2050 c.c. disciplina la responsabilità in ipotesi di danni da esercizio di attività pericolosa (per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati)⁹, salva la prova, posta a carico del convenuto-danneggiante, di “*avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno*”: secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità anche recente (Cfr. *ex multis* Cass. civ., n. 10422 del 2016; Cass. civ. n. 19872 del 2014), la fattispecie disciplina un'ipotesi di responsabilità per colpa presunta, tenuto conto del dato letterale che pone a carico del convenuto la prova contraria positiva di aver impiegato ogni cura o misura atta ad impedire l'evento dannoso, sotto il profilo, per l'appunto, dell'esclusione della colpa posta dal legislatore presuntivamente a carico del danneggiante.
- L'art. 2054 c.c. disciplina la regola generale della responsabilità aquiliana per i danni arrecati da circolazione di veicoli e configura diverse ipotesi distinte di responsabilità: il secondo comma disciplina, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, una ipotesi di pari responsabilità per colpa presunta da cui entrambi i conducenti possono liberarsi provando di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno ovvero dimostrando di avere osservato, nei limiti della normale diligenza, un comportamento esente da colpa e conforme alle regole del codice della strada, da valutarsi in ordine alle circostanze del caso concreto (cfr. da ultimo Cass. civ., 4130 del 2017).

Annamaria Salerno
Giudice Tribunale Milano

⁹ Ai fini dell'art. 2050 c.c. deve distinguersi tra “attività e condotta pericolosa”, dovendosi considerare escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 2050 c.c. le attività nelle quali la pericolosità può derivare solo da un comportamento rimproverabile e non dal naturale dinamismo dei mezzi adoperati.