

MAURO GRONDONA*

Premesse per una discussione sull'ermeneutica del danno ingiusto

ENGLISH TITLE

Preliminary Notes for a Discussion on the Hermeneutics of Damage in Tort Law

ABSTRACT

The paper aims to bring out the problems inherent in the formula (“danno ingiusto”, “unjust damage”) contained in art. 2043 of the Italian Civil Code, showing some hermeneutical developments of this formula, as well as the reasons that lead to believe that the progressive expansion of the remedies brings physiologically with it the need for a progressive and rational expansion of the area of compensable damage.

Especially delicate is the theme of “unjust damage” in the perspective of non-pecuniary loss, which, connected to the protection of fundamental rights of the individual, represents today, for the Italian civil law doctrine, a particularly fertile ground also in terms of general theory of tort law.

KEYWORDS

Tort Law – Damage – Legal Doctrine – Case Law – Interpretation of Law – General Clauses.

1. IL SENSO DELLA PROBLEMATICITÀ ERMENEUTICA DEL DANNO INGIUSTO

Il titolo di questo breve intervento (e poi il suo contenuto) si propone semplicemente di indicare l'attuale problematicità intrinseca alla formula “danno ingiusto”¹, che si legge nell'art. 2043 cod. civ.². La problematicità della formula,

* Professore ordinario di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza.

1. Chi desidera approfondire le numerose questioni sottese a quanto appena detto nel testo vedrà con profitto la monumentale ricerca, di taglio prevalentemente critico, di Bussani, 2020, nonché il capillare commento, molto attento alla ricostruzione dei formanti dottrinale e giurisprudenziale, di Franzoni, 2020.

2. Art. 2043 (Risarcimento del fatto illecito): “Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

infatti, è attuale, in primo luogo, perché è caratteristica fisiologica delle clausole generali³ assumere un “contenuto adattativo”, a mo’ di meccanismo di retroazione socio-giuridico, che ingloba quella sintesi tra ordine sociale e ordine giuridico realizzata, appunto, tramite l’impiego delle clausole generali medesime, affidate al lavoro ermeneutico dell’interprete. Ma la problematicità di tale formula, in secondo luogo, è intrinseca alla formula stessa, appunto perché si ha a che fare con una clausola generale; il che sposta l’attenzione dell’interprete sulle condizioni d’uso delle clausole generali; condizioni, che sono il portato politico di un determinato contesto socio-culturale, e che una tecnica giuridica adatta al contesto (oggi, anche nel campo del diritto civile, soprattutto il bilanciamento tra interessi in conflitto) avrà il compito di rendere operative⁴.

Se, infatti, l’espressione “danno ingiusto” è ormai da tempo intesa nel senso che essa costituisca una clausola generale, ciò non ha risolto (come del resto non avrebbe potuto risolvere) i principali problemi posti appunto dall’ingiustizia del danno, se non altro per l’ovvia ragione che, di fronte a una clausola generale, è questione di politica del diritto e non solo di tecnica giuridica⁵ stabilire il limite tra danno risarcibile in quanto ingiusto e danno non risarcibile in quanto non ingiusto.

Più in generale, allora, nel momento in cui il sistema della responsabilità civile è passato a respirare a pieni polmoni, questa maggiore “ariosità rimediabile” ha portato all’attenzione del giurista i consueti problemi teorici e operativi in cui sempre ci si imbatte, quando si tratti di applicare a una fattispecie concreta (e come tale chiusa) una fattispecie aperta. Pertanto, sul piano teorico, si tratta di capire quali sono i confini dell’ingiustizia del danno proprio in quanto clausola generale; sul piano pratico, si tratta di decidere quali interessi, qualificati come ingiusti, debbano essere risarciti.

Una delle maggiori difficoltà, in presenza di una clausola generale, sta nella necessità di contemperare con misura, e quindi senza eccessi, le possibili ragioni e le possibili esigenze che stanno alla base del riempimento precettivo di quest’ultima: pertanto, né del tutto a favore del testo (un testo, infatti, che è ‘muto’, solo a condizione che non lo si voglia leggere nella prospettiva storica e alla luce di ciò che tuttora usa chiamarsi “coerenza sistematica”; al contrario, sotto il profilo storico-sistematico, la formula del danno ingiusto non è affatto ‘muta’), né del tutto a favore del contesto, e così, dunque, sbilanciandosi eccessivamente su quelle esigenze sociali (sufficientemente diffuse e come tali conoscibili all’interno della società), che, se fossero accolte per ragioni di mera equità soggettiva del giudice, darebbero verosi-

3. Velluzzi, 2010.

4. Ricci, 2018.

5. Benatti (Francesca), 2021.

milmente luogo a un moto ordinamentale incontrollato, e al limite incontrollabile.

Rispetto a entrambe queste esigenze, potrebbe allora emergere (come in effetti di frequente accade tuttora, nel dibattito civilistico – ma certo non solo in esso) la necessità che il contenuto normativo attraverso cui riempire la formula del danno ingiusto trovi un sicuro fondamento giuridico preesistente all'interno del sistema della responsabilità civile (e, in senso più ampio, all'interno dell'ordinamento giuridico). Il che, però, sposta subito la questione (che assume, così, all'istante, connotati di particolare delicatezza teorica, ma anche di asprezza dialettica) sul versante di una giuridicità che, invece, possa anche nascere, non già *ex se*, ma *ex post*, da concrete esigenze storicamente esistenti, e quindi accertabili, nella logica di un diritto che, di certo, non è (perché non può e non deve essere) travolto dai fatti⁶, ma che dal fatto – e cioè dalla concretezza della fattispecie, letta, com'è ovvio, alla luce dell'ordinamento (un ordinamento, però, che si fa tale nel corso del suo progressivo svolgimento, in chiave ermeneutica, e dunque la dimensione *ex ante*, pur presupposta quale punto di partenza del ragionamento giuridico, è, tendenzialmente, sempre superabile) – trae quegli elementi significativi, onde adattare, o indirizzare, un determinato precetto. Sì che, da questo punto di vista, ci troveremmo di fronte a un ordinamento sempre mobile ma sempre controllabile, anche e soprattutto rispetto ai mutamenti di esso: da un lato, perché annunciati dall'emergere di determinate esigenze sociali, e, dall'altro, perché prevedibili in ragione delle tecniche giuridiche utilizzate per far fronte a siffatte esigenze sociali. In questa prospettiva, la concezione del danno ingiusto quale clausola generale non dovrebbe allora presentare quei classici rischi (forse fin troppo) spesso paventati, e che possono essere, tutti, unificati nell'idea di una concretizzazione abusiva (perché incontrollabile, e quindi arbitraria – al confine tra l'irrazionalità e l'irragionevolezza) del danno ingiusto. Abusiva, in particolare (e il rilievo è ancora più grave, nella prospettiva dello Stato di diritto), perché ci troveremmo di fronte a una giuridicità, impersonificata dalla giurisdizione, che legittima sé stessa in forza di una decisione, e non in forza di una razionalità intrinseca (e qui l'idea corre alla teorizzazione di una *ratio scripta et stricta*) al sistema giuridico. Che, naturalmente, è l'ennesima manifestazione dello scontro tra *auctoritas* e *ratio*⁷.

Si può altresì aggiungere, per completare questo breve ragionamento introduttivo (ma anche questo rilievo è del tutto ovvio), che, in una materia, quale quella della responsabilità civile, così grandemente debitrice dell'opera della giurisprudenza, il problema dell'ermeneutica del danno ingiusto sfocia

6. Pastore, 2013.

7. Su questo tema conservano tutta la loro problematica attualità alcune pagine di Ascarelli, 1960.

di per sé nella costante esigenza di adeguamento della categoria (danno ingiusto) alla prassi (pretesa risarcitoria) – intesa, quest’ultima, appunto, quale terreno di scontro tra concreti interessi, individuali o collettivi, in conflitto; conflitto, dal quale originano, poi, quelle pretese risarcitorie che impongono (nella piana logica, direi, della clausola generale) un progressivo ampliamento (ovvero anche, una progressiva restrizione) del contenuto prescrittivo (e dunque del precetto) del danno ingiusto.

Questa notazione, come ancora più avanti minimamente ribadirò, serve soltanto a sottolineare che l’ermeneutica del danno ingiusto fa immediatamente emergere l’intrinseca politicità del tema, che, allora, e quantomeno oggi, non può più essere impostato soltanto su basi tecniche, laddove la questione del se, del perché, del come, e soprattutto del quanto risarcire (il tema è particolarmente delicato quando ci si trovi di fronte a un danno non patrimoniale, cioè non suscettibile, in sé, di alcuna valutazione di carattere economico) è eminentemente politica⁸. Ciò apre, a sua volta, appunto in connessione al rilievo di cui sopra, la questione dell’individuazione del soggetto istituzionalmente legittimato a compiere questa scelta politica: del resto, non è un caso che il diritto della contemporaneità, così proteso verso il (e imbevuto di) pluralismo assiologico⁹, sia oggetto di una profonda riflessione critica¹⁰ (condotta tanto dall’interno quanto dall’esterno), in primo luogo indispensabile in vista di nuova teoria delle fonti (che è componente essenziale di una nuova teoria del diritto), fondamentale ai fini della “edificazione” della giuridicità contemporanea¹¹.

2. IL DANNO INGIUSTO: IERI E OGGI

Si diceva, dunque, della quasi scontata equazione, oggi, tra danno ingiusto e clausola generale. Va però allora subito osservato, in sede di notazioni preliminari (di sfondo e di contesto), come non fosse certamente questa la prospettiva dei codificatori. Se facciamo, infatti, riferimento alla Relazione al codice civile¹² (documento di notevole importanza teorica – anche nella chiave di uno

8. Papayannis, 2021.

9. Ha efficacemente osservato Spantigati, 2005, p. 428, a proposito della “frattura fra il diritto borghese classico e l’uso del diritto nella società pluralista”: “Nel diritto borghese classico misura della valutazione giuridica è il diritto positivo. Nella società pluralista, invece, il diritto positivo è oggetto di valutazione giuridica, la cui misura sono i valori della convivenza”. Cfr. Viola, 2015.

10. Particolarmente interessante, anche per il giurista positivo, quella di Viola, 2021.

11. Sul punto, infatti, rimane vivissima la lezione di Orestano, 1987, spec. capp. X e XI, pp. 343-428.

12. Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile (1942). I nn. 793-803 sono dedicati ai fatti illeciti: non vi è alcun passaggio, in essi, che si soffermi *ex professo* sull’art. 2043, se non per specificare (n. 794) che, “[q]uanto all’onere della prova circa la colpa, nel caso di responsabilità

sguardo retrospettivo critico –, ma a volte colpevolmente trascurato dalla stessa civilistica), in essa non troviamo alcun elemento che possa addursi in favore del rilievo per cui la formula ‘danno ingiusto’ esprime una clausola generale. Anzi, l'intero art. 2043 passa pressoché sotto silenzio, nella Relazione¹³. Non si tratta, come facilmente immaginabile, di un silenzio ingiustificato. In quel momento storico, non era in alcun modo dubbia l'assunzione secondo la quale si ha danno ingiusto quando si ha lesione di un diritto soggettivo assoluto: l'ingiustizia del danno, quale filtro della risarcibilità della lesione subita, doveva coincidere con il pregiudizio arrecato a un diritto soggettivo assoluto. In questa logica, è ovvio che non avrebbe avuto alcun senso chiarire, proprio nella Relazione (che in effetti ha svolto la funzione di primo commento, tanto per la dottrina quanto per i pratici), la portata della formula, di per sé auto-evidente.

In sintesi, nella pacifica idea originaria dei codificatori, l'espressione “danno ingiusto” non esprimeva affatto una clausola generale, dunque una disposizione a fattispecie aperta, o al limite senza fattispecie, ma una disposizione a fattispecie chiusa. Del resto, questa è appunto la linea (tanto tecnica quanto di politica del diritto) che è risultata prevalente (se non altro nella giurisprudenza di legittimità) fino al celebre “caso Meroni”, del 1971¹⁴.

per fatto proprio (art. 2043) si è mantenuto fermo, di regola, il principio tradizionale secondo il quale esso incombe sul danneggiato. Talora, con riferimento a casi particolari il principio suddetto pone difficoltà al danneggiato; ma il giudice può ovviarvi utilizzando al massimo presunzioni semplici e regole di comune esperienza. In modo che non appariva necessario seguire la tendenza innovatrice di coloro che avrebbero preferito fondare la disciplina dei fatti illeciti sullo spostamento dell'onere della prova, dal danneggiato che afferma la colpa al danneggiante che la nega”. Si è richiamato questo intero passaggio per significare come il principale problema in riferimento all'art. 2043 fosse quello probatorio, pur fermo restando che la responsabilità di cui all'art. 2043 è una responsabilità per colpa o per dolo. La non problematicità dell'art. 2043 discende anche da un'altra circostanza. Il danno ingiusto quale criterio di giudizio, nella prospettiva di allora, era sostanzialmente confinato nell'area del danno patrimoniale. Il regime giuridico del danno non patrimoniale, infatti, era (ed è tuttora) espresso dall'art. 2059, che (dicendo in estrema sintesi cose notissime) ha conosciuto una forza espansiva inimmaginabile, con il risultato di avvicinarsi all'art. 2043 proprio sotto il profilo del danno ingiusto. Anche il danno non patrimoniale è, infatti, un danno ingiusto. Ciò chiarito, si apre il problema di vedere come conciliare il principio di tipicità del danno non patrimoniale, ex art. 2059 (“Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”), e la atipicità di cui all'art. 2043, leggendo, ovviamente, la formula del danno ingiusto nella logica della clausola generale. Ma, anche a questo proposito, l'ermeneutica del danno ingiusto ha dato i suoi fecondi frutti, con l'approdo a una lettura costituzionalmente orientata del principio di tipicità, che rappresenta l'approdo teorico più avanzato in materia di danno non patrimoniale.

13. Questo, senza dubbio, è un aspetto che meriterebbe un approfondimento, tenuto poi conto della centralità progressivamente acquisita, da un lato, appunto, dall'art. 2043 e, dall'altro, dall'art. 2059, in materia di danno non patrimoniale, ma letto in senso costituzionalmente orientato, e come tale nel segno di una (non incontrollata ma) notevole espansione risarcitoria.

14. Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174.

L'espressione danno ingiusto ha invece conosciuto (con difficoltà, certo, ma anche senza fratture sistematiche, nella prospettiva, direi, di una evoluzione tecnico-politica spontanea che, progressivamente, ha accolto le esigenze non solo genericamente diffuse nella società, ma idonee a essere rivestite, in chiave ermeneutica – e dunque quali fondamenti argomentativi –, di rilevanza politico-giuridica) una nuova vita a partire, *grosso modo*, dagli anni sessanta dello scorso secolo.

Ciò è accaduto tanto per ragioni politico-costituzionali, quanto per ragioni giuridico-culturali.

Con riguardo alle prime, basti pensare alla crescente esigenza di offrire una tutela aquiliana non effimera anche all'ambito non patrimoniale della persona, si dà riuscire a sottrarre il danno alla persona a una logica economicistica (e qui il riferimento va, in primo luogo, all'art. 32, ma anche agli artt. 2 e 3, Cost.).

Con riguardo alle seconde, possono essere richiamate le seguenti: uno storicismo, in buona misura, comunque debitore di Croce¹⁵, quale quello fatto esemplarmente proprio, in chiave metodologica, da Tullio Ascarelli – per richiamare un "giurista positivo" sensibilissimo e apertissimo, più di quanto non fosse, a mio avviso, lo stesso Emilio Betti¹⁶, alle esigenze di una "giusermeneutica trasformativa"¹⁷; l'accresciuto peso della giurisprudenza degli interessi, da un lato, recuperandone retrospettivamente anche la matrice germanica, ma, dall'altro, guardando con fiducia soprattutto ai giusrealisti statunitensi, pur passando comunque per il neoidealismo italiano¹⁸; infine, e più in generale, un approccio, non del tutto episodico, al diritto di stampo antiformalista¹⁹, e come tale sensibile, in primo luogo, agli apporti metodologici della sociologia, non necessariamente praticata in chiave specialistica²⁰ – ciò che, anzi, sarebbe stato, pressoché impossibile, quando non controproducente.

Aspetti, tutti quelli appena evocati, che, in misura diversa e con effetti diversi, hanno comunque inciso anche sulla civilistica italiana. Ciò ha consen-

15. Nitsch, 2020. Lo studio tuttora di riferimento è De Gennaro, 1974. Ma i limiti dello storicismo crociano (non paradossalmente, troppo poco storicista, almeno rispetto al tema della creazione artistica) sono messi molto bene in evidenza da Timpanaro, 1973. Il saggio è, a mio avviso, di primaria importanza anche per il giurista, e la figura di Giorgio Pasquali (filologo illustre, certamente, ma non soltanto tecnico, quanto piuttosto storico a tutto tondo, con venature antropologiche) si presterebbe molto bene a un raffronto, in chiave metodologica, appunto con quella di Tullio Ascarelli.

16. Molto interessante un breve (e, se non sbaglio, non notissimo) intervento recensorio (a B.N. Cardozo, *Il giudice e il diritto*, La Nuova Italia, Firenze 1962) di Betti, 1962, in cui una reiterata presa di distanza da Ascarelli: si vedano allora anche Betti, 1959, nonché, Pinelli, 2010. Va ora visto, per un bilancio sul Betti "pioniere dell'ermeneutica", Zaccaria, 2020a.

17. Ascarelli, 1955a e 1955b.

18. Boggetti, 2011, p. 815, nota 27.

19. Cappelletti, 1972.

20. Lipari, 1968.

tito all'ordinamento giuridico italiano di assumere, progressivamente, una dimensione strutturale più flessibile, nonché una dimensione funzionale più aperta alla diretta considerazione, e soprattutto valorizzazione, anche da parte del giurista, della rilevanza politica delle regole giuridiche; regole costruite, infatti (soprattutto in determinati ambiti, quale senza dubbio quello della responsabilità civile), più che dal legislatore (del resto, i riferimenti alla politica legislativa non erano affatto inconsueti neppure allora), dall'interprete (ed è in questa chiave che la politica legislativa viene affiancata, e, in certa misura e in certi ambiti, anche scavalcata, per così dire, dalla politica del diritto, quale consapevole, e come tale culturalmente responsabilizzante, opera costruttiva dell'interprete: ma una costruzione non già, o non solo, di concetti, quanto piuttosto di regole operative).

Tutto ciò nella logica, affermatasi appunto progressivamente (e del resto, neppure ora incontrastata), dell'ordinamento aperto e della pluralità dei formanti del diritto.

3. IL DANNO INGIUSTO TRA TECNICA E POLITICA (DEL DIRITTO)

Il riferimento, appena fatto, al rapporto non sempre consapevole (quando non volutamente rifiutato) tra tecnica giuridica e politica del diritto va forse minimamente chiarito per non ingenerare ambiguità nel lettore, tenuto conto del contesto attuale nel quale si muove la materia della responsabilità civile.

Il controllo tecnico su questa materia (un discorso analogo potrebbe essere fatto, senza dubbio, anche per il diritto di famiglia; meno, invece, per il diritto dei contratti²¹) non può essere oggi ancorato soltanto a un richiamo (o a una fede) testualista o originalista. In altre parole, è illusorio pensare di poter controllare gli sviluppi della responsabilità civile utilizzando l'argomento della massima fedeltà alle disposizioni del codice civile che disciplinano quest'ultima, ovvero l'argomento della massima fedeltà tecnico-culturale, cioè concettuale e ideologica, rispetto agli autori del codice civile. Questo atteggiamento, da un lato, produrrebbe un fenomeno (peraltro ben noto e ampiamente studiato) di immobilismo ordinamentale e, dall'altro, trasfigurerebbe l'esigenza del concetto in sterile concettualismo.

Tutto ciò è illusorio, infatti. Non perché, come tali, testualismo e originalismo siano approcci fallaci²² (ogni approccio teorico seriamente fondato ha, dalla sua, almeno qualche buona ragione), ma per una ragione di carattere empirico. La responsabilità civile (e in particolare il senso dell'espressione "danno ingiusto") è già oggi così profondamente cambiata, rispetto al modello originario (fermo restando che nulla, invece, è mutato nelle disposizioni del

21. Cfr. Benatti (Francesco), 2021.

22. Cfr. Buchanan, Dorf (2021).

codice civile), che sarebbe illogico pretendere di riportare nella materia quell'ordine al quale essa stessa, nel corso dei decenni, si è sottratta.

Resta però fermo, senza dubbio, il problema del controllo argomentativo del cuore della responsabilità civile, appunto il danno ingiusto, onde evitare che essa possa divenire un'area fuori controllo, nel senso che ogni decisione risulti sostanzialmente (auto-)fondata – magari anche per comprensibili (quando non addirittura condivisibili) ragioni di equità – sull'esigenza di una progressiva estensione dell'area del danno risarcibile. Un'estensione, però, avvertita, proclamata e contestualmente attuata dallo stesso soggetto (il giudice) che procede lungo questa traiettoria interpretativa.

Com'è, infatti, piuttosto noto, almeno tra i cultori della materia²³, un problema, se non di espansione eccessiva dei confini del danno ingiusto (e quindi del danno risarcibile – che poi si tratti di danno patrimoniale o non patrimoniale, è questione differente, che non scalfisce il punto di partenza), quantomeno di ordine del, e nel, discorso dei giuristi (teorici e pratici), in materia di responsabilità civile, è avvertito da tempo e da più parti (in parallelo, e non sarà un caso, al consolidarsi dell'idea che l'espressione “danno ingiusto” vada ermeneuticamente messa a frutto quale clausola generale).

Orbene, appunto nella logica del rapporto tra tecnica giuridica e politica del diritto, può essere utile sottolineare, brevemente, tre aspetti.

Il primo. L'approccio al danno ingiusto in termini di clausola generale può certamente favorire, come in effetti è già avvenuto, un approccio ‘panrisarcitorio’. Ciò, com'è evidente, sia per ragioni intrinseche alle caratteristiche strutturali delle clausole generali, sia per ragioni politico-culturali, che attengono, in primo luogo, alla centralità non solo, e come tale, della persona, all'interno degli ordinamenti liberal-democratici, ma dell'intera prospettiva rimediale²⁴, che porta necessariamente con sé un aumento (quantitativo e qualitativo) delle tutele, nel presupposto che la situazione giuridica oggetto di lesione sia, in chiave, appunto, politico- costituzionale, tendenzialmente meritevole di protezione. Al di là del giudizio di valore, tanto rispetto alle tecniche impiegate per conseguire questo risultato, quanto rispetto ai presupposti assiologici da cui questo ragionamento muove, non c'è alcun dubbio che, anche (e forse soprattutto) nella materia della responsabilità civile, la tendenza in atto sia esattamente quella appena descritta. Se, dunque, l'espansione della sfera del danno ingiusto non può essere assunta come un male in sé (anzi, direi che rappresenta un esito fisiologico di quell'apertura ordinamentale ben nota in tutte le liberal-democrazie contemporanee), è però vero che la parallela espansione del risarcimento del danno ingiusto (espansione, da intendersi qui non tanto sotto il profilo strettamente quantitativo, ma, e prima ancora, soprattutto

23. Cfr. Monateri, 2020.

24. Vettori, 2021a.

to qualitativo: profilo appunto relativo al 'se' risarcire) implica taluni problemi che, se non altro, occorre evocare.

Una questione assai delicata attiene, infatti, al rapporto tra responsabilità civile e autoresponsabilità individuale. In questo senso: se i confini, naturalmente sempre mobili, della responsabilità civile vengono in sostanza meno, perché si afferma la risarcibilità della lesione di qualunque interesse qualificato da un giudice (certo non capricciosamente, ma all'interno di un percorso ermeneutico volto, nella chiave della politica del diritto, all'espansione dell'ingiustizia del danno) come giuridicamente rilevante (ecco infatti perché, poco sopra, ho sottolineato l'importanza di un'espansione del danno ingiusto che non passa soltanto sul terreno della quantificazione del pregiudizio risarcibile), la conseguenza è che la sfera dell'autoresponsabilità individuale si restringe (una restrizione che, se pur muove dal versante psicologico, come ovvio, assume poi anche una portata sociale, e dunque intrinsecamente politica); pertanto, si sarà (tendenzialmente) meno disposti ad accettare l'idea che il pregiudizio subito non potrà essere traslato su di un altro soggetto. Questo tema, pertanto, assume una specifica rilevanza che va oltre il perimetro della responsabilità civile, dovendo venire ricondotto al ruolo del diritto privato nella prospettiva delle politiche pubbliche²⁵. Qui alludo, in particolare, alla dimensione sociale dell'individuo, anche nella prospettiva dei doveri che l'individuo ha in quanto appartenente a una determinata collettività. Tra questi doveri c'è quello informato a una solidarietà che si esplica nei termini dell'autoresponsabilità; un'autoresponsabilità che è espressione del civismo e dello spirito civico.

Questo aspetto, per dir così, psicosociale dell'autoresponsabilità, e dunque la percezione che ciascun consociato (all'interno di un determinato contesto spazio-temporale) ha di sé, nonché la percezione del rapporto tra il sé e la collettività (in termini di reciproche pretese fondate sul principio di solidarietà), rispetto all'ambito dell'agire individuale, e dunque anche rispetto alle conseguenze che da quell'agire discenderanno, va di pari passo con quell'approccio al danno ingiusto che si esplica nel bilanciamento tra interessi in conflitto. Una tecnica, che risulta essere armonica, perché flessibile (e come tale capace di cogliere quelle oscillazioni psicosociali del rapporto tra libertà/autoresponsabilità/responsabilità), almeno parzialmente, con la logica fondativa della clausola generale (il bilanciamento, appunto), e come tale in opposizione alla logica fondativa della fattispecie chiusa (la sussunzione)²⁶. Il che, però, può dar luogo, e questo è un secondo delicato problema, a una banaliz-

25. Papayannis, 2021.

26. Irti, 2019; in senso più generale Zaccaria, 2019 (ma vanno visti anche tutti gli altri contributi pubblicati in "Ars Interpretandi", 1/2019, numero interamente dedicato a "La crisi della fattispecie"). Cfr. altresì Benedetti, 2020.

zazione del bilanciamento stesso²⁷, cioè a un bilanciamento ripiegato su sé stesso (potremmo dire un bilanciamento apodittico, legittimato dalla mera autorevolezza, o autorità, di chi lo effettua – dunque negativamente autoesplicativo)²⁸, e che, in sostanza, è una (cattiva) tecnica per sfuggire proprio a quel raffronto argomentativo tra interessi e valori che invece costituisce, come ovvio, il *proprium* di un bilanciamento inteso quale tecnica costruttiva della realtà giuridica aperta al pluralismo sociale quale effettiva fonte della giuridicità, e dunque da intendersi in chiave di evoluzione progressiva, razionale, controllabile, dell'ordinamento (in questa prospettiva, il bilanciamento serve esattamente a consentire un dialogo²⁹, che però opera anche in chiave prescrittiva, e non già solo in chiave descrittiva³⁰, tra ordine sociale e ordine giuridico)³¹.

Non è infatti dubbio che, al di là della dimensione *ex ante* e *ex post* dell'ordinamento giuridico, interessi e valori oggetto di giudizio, e quindi di qualificazione giuridica, debbano essere ricondotti alla gerarchia assiologica dell'ordinamento: una gerarchia bensì mobile e in costante (ri)costruzione, almeno per alcuni aspetti (basti qui richiamare l'enorme espansione dell'autonomia privata, nonché di quella che, un tempo, era solita chiamarsi libertà del volere, in campi diversi da quello classicamente contrattuale, rispetto al quale, anzi, essa ha, semmai, progressivamente conosciuto restrizioni e controlli)³², ma dalla quale ogni serio e realistico giudizio di bilanciamento deve prendere le mosse.

Da questo punto di vista, va infatti precisato che il danno ingiusto italiano (e qui, in particolare, alludo all'annosa vicenda del cosiddetto danno esistenziale: qualche cenno farò anche più avanti) ha conosciuto, tra la metà degli anni Novanta e la metà degli anni Duemila (quando poi è intervenuta una

27. Vettori, 2021b.

28. Va tenuto in conto il rilievo di Grossi nell'intervista ad Alpa, 2011, pp. 261-262: "Il problema della legittimazione democratica dei giudici è assolutamente uno pseudo-problema, creato ad arte dai propugnatori delle decrepite dogmatiche ottantanovarde tendenti a fare del potere legislativo l'unico potere trainante perché l'unico democraticamente legittimato. Contro la permanente tendenza a identificare come democratico unicamente ciò che viene espresso da una quantità numerica di popolazione, sono persuaso che si pone come autenticamente democratico ciò che esprime, senza costrizioni e falsazioni, la società civile nella sua complessità. *La legittimazione democratica dei giudici sta nella loro adeguata preparazione giuridica, nel loro sapere di diritto*. È questo che pretende da loro la società, perché è in questa loro sapienza specifica che risiede la probabilità di un giudizio corretto. Non dimentichiamo che Roma, il medioevo e il *common law* non hanno avuto esitazioni nell'affidare a dei tecnici la dinamica stessa del diritto" (corsivo mio).

29. Zaccaria, 2020b.

30. Numerosi spunti in Viola, 2018a e 2019.

31. Lipari, 2021; Viola, 2018b.

32. Zoppini, 2020.

netta reazione della dottrina e della giurisprudenza, che, almeno apparentemente, ha dato qualche frutto), una esplosione tendente a risarcire, in modo non episodico, pregiudizi che poi, in sede di revisione critica della fattispecie, sono stati valutati non sufficientemente rilevanti e non sufficientemente seri, onde giustificare la messa in moto del rimedio risarcitorio.

Il secondo aspetto su cui vorrei brevemente richiamare l'attenzione attiene a un problema classico, e risolvibile solo in chiave storica, o, forse meglio, storicistica.

Alludo al rapporto tra legislazione e giurisprudenza, mediato dalla dottrina.

Ora, di fronte a una giurisprudenza per molti civilisti³³ (ma non solo, direi), ormai fuori controllo, e cioè svolgente il ruolo di primaria fonte del diritto, in chiave non solo integrativa ma anche oppositiva, rispetto, se non alla volontà del legislatore, quanto meno al testo della disposizione, soprattutto nella materia della responsabilità civile, si sta assistendo a quello che potremmo anche qualificare come un "ritorno della legge" (fenomeno che – se, com'è probabile, andrà affermandosi – comporterà un *revirement* metodologico in direzione testualista, cioè formalista, che è poi uno degli esiti della contemporanea teoria generale del diritto di stampo analitico, al di là dello scetticismo interpretativo e del non-cognitivismo etico)³⁴.

Qui non penso tanto alla recente legge "Gelli-Bianco" (legge 8 marzo 2017, n. 24)³⁵, volta espressamente a contrastare l'impiego, da parte della giurisprudenza, della figura del contatto sociale³⁶, onde affermare la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria nei confronti del paziente, e cioè quando, tra medico e paziente, non vi sia un contratto, ma, appunto, (solo) un contatto sociale qualificato, che farebbe sorgere una serie di obblighi di protezione in capo al medico e a tutela del paziente, da cui (e qui viene in primo piano l'aspetto di politica del diritto) l'applicazione del regime di responsabilità contrattuale, più favorevole al soggetto danneggiato, sia rispetto alla prescrizione, sia rispetto all'onere della prova. Penso soprattutto al codice delle assicurazioni private (D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209), che contiene, in particolare, il noto art. 138 sul danno non patrimoniale per lesioni di non lieve entità, nonché alla vicenda, interessante sotto vari profili, della quantificazione tabellare (si tratta di tabelle elaborate dalla giurisprudenza ma qualificate dalla Corte di cassazione come fonte "paralegislativa" – in attesa della cosiddetta tabella unica nazionale, essa sì,

33. Per tutti, si veda Castronovo, 2018, *passim*, ma, con particolare riferimento al tema dell'ingiustizia del danno, spec. il cap. IV, § 1 ("Introduzione").

34. Guastini, 2021.

35. Alpa, 2017.

36. Venosta, 2021.

invece, pienamente legislativa –, all’insegna della certezza del diritto: in questo caso, una certezza nel calcolo del *quantum*) del danno non patrimoniale³⁷.

Questo ritorno della legge, nella materia del danno non patrimoniale (la più delicata, anche sotto il profilo dell’ingiustizia, non solo sotto il profilo della quantificazione), non può che essere letto nel senso di restringere il potere discrezionale del giudice in relazione all’art. 2059, che è appunto la disposizione codicistica dedicata al danno non patrimoniale. Come noto, da questa disposizione sono state ricavate norme senza dubbio lontanissime dall’idea originaria del legislatore, e questa radicale rilettura è stata ovviamente compiuta nel contesto dell’ormai consolidato e stratificato fenomeno dell’interpretazione costituzionalmente conforme³⁸.

Tutto ciò, nuovamente, porta il discorso a convergere intorno al classico problema del controllo della discrezionalità del giudice, sì da evitare la cosiddetta “tirannia del caso concreto”, che può condurre, più che a una giurisprudenza degli interessi, a una giurisprudenza dei sentimenti³⁹, dunque a un soggettivismo decisorio potenzialmente sfociante nell’idiosincrasia assiologica⁴⁰.

Del resto, proprio la vicenda italiana della risarcibilità del danno esistenziale, che, ancora, non è pienamente conclusa⁴¹, nasce esattamente da una pluralità di fattori: il ruolo del principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., letto nel senso per cui ciascun consociato deve farsi carico del pregiudizio arrecato ad altri, al di là dell’intensità e della gravità intrinseca del pregiudizio (in questa chiave, potrebbe del resto aprirsi uno spazio per un risarcimento sanzionatorio rispetto alle caratteristiche della condotta, mettendo così in secondo piano gli effetti prodotti da quest’ultima sul danneggiato – e ciò, a maggior ragione, anche in riferimento all’art. 97, comma 2°, Cost., quando la condotta pregiudizievole sia stata tenuta dalla pubblica amministrazione, o anche, com’è ovvio, da un soggetto collettivo, pubblico o privato che sia); l’esigenza di mettere al centro del sistema della responsabilità civile il danno ingiusto di cui all’art. 2043 (danno ingiusto, ormai s’intende, quale clausola generale dalle massime potenzialità espansive), così, parallelamen-

37. Ponzanelli, 2021.

38. Per impostazioni ed esiti diversi, cfr. Luciani, 2016 e Perlingieri, 2020, spec. il cap II.

39. Ehrenzweig, 1971 (su cui cfr. Cappelletti, 1975).

40. Particolarmente severa è l’analisi di Oliveri, 2021.

41. E che, a mio giudizio, non potrà nemmeno concludersi a breve, perché il senso operativo dell’effettività della tutela (quale principio ordinamentale, anche in chiave euro-unitaria) sta proprio nella necessità di riflettere sulla estensione qualitativa del danno extracontrattuale, risarcibile in quanto ingiusto: la dimensione non patrimoniale, ma non strettamente biologica – coperta, quest’ultima, infatti, dall’ormai classica figura del danno, appunto, biologico, inteso quale lesione fisica e/o psichica medicalmente accertabile –, è infatti quella esistenziale, volendosi significare, con questo aggettivo, il pregiudizio al benessere psicologico della persona, al di là delle conseguenze patrimoniali e al di là dell’eventuale patologia sviluppata dalla vittima.

te, restringendosi la portata dell'art. 2059; il personalismo cui la Costituzione italiana è informata.

Il terzo aspetto attiene (per brevemente riprendere il cenno appena fatto) alle funzioni della responsabilità civile. Anche da questo punto di vista, infatti, entra in gioco il rapporto tra diritto privato e politiche pubbliche. Ora, l'ordinamento italiano, negli ultimissimi anni, sta assistendo a quello che è stato chiamato "ritorno della funzione punitiva" della responsabilità civile.

La Corte di cassazione, nel 2017⁴², infatti, con una classica sentenza-trattato, ha affermato, con nettezza, che la responsabilità civile italiana è connotata da polifunzionalità: oltre alle classiche funzioni riparatoria e deterrente, vi è anche la funzione punitiva, ovvero sanzionatoria. Ciò dimostra un'altra caratteristica del danno ingiusto, inteso quale clausola generale: la sua adattabilità alle esigenze, intrinsecamente politiche, del contesto sociale, nel senso che il prestare attenzione all'aspetto sanzionatorio della responsabilità può ovviamente essere messo a frutto anche (o soprattutto) nella chiave di quel rapporto tra libertà, responsabilità e autoresponsabilità, di cui si è discusso più sopra, e quindi rispetto alla dimensione sociale dell'individuo e del suo agire.

4. MOMENTI NOTEVOLI DEL DANNO INGIUSTO

Nella storia della responsabilità civile italiana, e in particolare del danno ingiusto⁴³, possono essere agevolmente individuati alcuni 'momenti notevoli' (tanto di stampo dottrinale quanto giurisprudenziale) che hanno fortemente contribuito al consolidamento della clausola generale del danno ingiusto.

Tra i numerosi autori che andrebbero richiamati, in questa sede, mi limito a portare brevemente l'attenzione su Piero Schlesinger, con un cenno a Stefano Rodotà (in riferimento a un unico aspetto della elaborazione teorica nella materia).

Del primo, va ricordata la nota prolusione del 1960⁴⁴; del secondo, l'ormai classico volume del 1964⁴⁵.

Vediamo almeno alcuni snodi teorici, che hanno poi influenzato l'intero dibattito successivo, nonché gli orientamenti della giurisprudenza.

Tra gli obiettivi conseguiti da Schlesinger, vi è stato quello di far sì che l'art. 2043 venisse considerato norma primaria e non più norma secondaria, meramente di rinvio.

42. Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

43. La letteratura è ricchissima di contributi pregevoli, ma ad esempio cfr. Alpa, 1999, spec. i capp. I, § 2 (per il profilo storico) e V (sulla struttura dell'illecito, sull'ingiustizia del danno, nonché sugli interessi protetti), in particolare pp. 351-356 (sull'ingiustizia del danno come clausola generale).

44. Schlesinger, 1960.

45. Rodotà, 1964.

Schlesinger leggeva il danno ingiusto nella prospettiva (generalissima) del *neminem laedere*, e quindi nella prospettiva del principio ordinamentale, che assume però i contorni tecnici della clausola generale, operando quale criterio di selezione degli interessi risarcibili, sulla base di un giudizio incentrato sull'ingiustizia (dunque un criterio interno e non esterno all'art. 2043, come vorrebbe, invece, l'impostazione in termini di norma di mero rinvio). Di talché, viene valorizzata la portata normativa autonoma e primaria dell'art. 2043, così contrastandosi l'idea secondo la quale l'art. 2043 si sarebbe limitato a sanzionare la lesione di un diritto soggettivo assoluto. L'operatività dell'art. 2043 risulta allora svincolata dall'esistenza di altre disposizioni che espressamente affermassero (qualificandoli in termini di diritti soggettivi assoluti) la tutela di determinati interessi.

L'argomento principale che Schlesinger utilizza è interessante anche nella prospettiva di un tema, oggi, assai dibattuto: alludo ai rapporti tra dogmatica ed ermeneutica⁴⁶.

Schlesinger non ha alcuna intenzione di abbandonare il metodo dogmatico (siamo del resto nel 1960); egli, anzi, precisa che l'espressione "danno ingiusto" ha una specifica rilevanza dogmatica: è un concetto dogmatico, e dunque deve essere analizzato con gli strumenti della dogmatica. È allora è chiaro che tutto sta nella scelta di quale dogmatica impiegare.

La dogmatica alla quale Schlesinger guarda è, direi, una dogmatica ermeneuticamente orientata, che si serve cioè dei concetti giuridici non per stravolgerli o, peggio, per distruggerli, ma per adattarli a quelle esigenze sociali, che, proprio grazie a questo uso "adattativo", trovano possibilità di ascolto da parte dell'ordinamento (anzi, l'ordinamento muta senza traumi grazie appunto a questi adattamenti dogmatici progressivi). È infatti significativo che Schlesinger parli espressamente di errore metodologico, riferendosi all'allora dominante interpretazione dell'art. 2043, e in particolare del concetto di danno ingiusto, avvalendosi di un concetto dogmatico di diritto soggettivo assoluto, che non solo è il frutto di una elaborazione puramente teorica, ma che, per di più, è un concetto tormentato e controverso⁴⁷.

Ecco perché, poco sopra, ho parlato di dogmatica ermeneuticamente orientata: la dogmatica a cui pensa Schlesinger (direi, soprattutto, nella scia di Tullio Ascarelli – anche se, indubbiamente, Schlesinger è metodologicamente assai più cauto rispetto a quest'ultimo –, il quale, come ben noto, soprattutto nel corso degli anni cinquanta del Novecento, tentò di rinnovare profondamente il senso e la portata della dogmatica, mostrandosi assai sensibile alla prospettiva ermeneutica⁴⁸) è sufficientemente flessibile, sì da poter rispondere,

46. Vettori, 2021b.

47. Schlesinger, 1960, p. 338.

48. Libertini, 2005, § 14, p. 13: "[G]ran parte della riflessione metodologica di A.[scarelli] fu

in chiave concettuale e categoriale, ai bisogni sociali (in questo senso, si può aggiungere, una dogmatica ermeneuticamente orientata è una dogmatica storicistica, per richiamare qui un cenno fatto più sopra, in apertura), ma, al contempo, è sufficientemente rigorosa, sì da evitare, al limite, anche quegli eccessi dogmatici, quei florilegi della dogmatica, i quali, a ben vedere, possono tradursi, con espressione meno nobile, in arbitrî concettuali. Una dogmatica deteriore, quest'ultima, è ovvio, non solo perché non assolve a quella che, dal punto di vista culturale, è comunque una funzione sociale del giurista, ma anche (o soprattutto) perché, in questo modo, e proprio in quanto tecnica, sfugge di mano allo stesso giurista che ne fa uso.

Orbene, nella prospettiva di Schlesinger, il ragionamento dogmatico non è un ragionamento concettualistico, anzi, è esattamente il suo opposto; è un ragionamento, innanzitutto, razionale, che prende le mosse, però, dalla dimensione sociale, quindi empirica, dagli accadimenti, per come sono direttamente sperimentati dagli individui e dalla collettività nella quale essi vivono. In questo senso, direi non paradossalmente, si potrebbe, al limite, anche parlare di una dogmatica razionale, in quanto contrapposta a una “dogmatica fantastica” (frutto di una fantasia concettualistica), ma anche a una “dogmatica scienziata” (racchiusa in se stessa); al contrario, la dogmatica razionale è la fonte di argomentazioni che, in quanto tali, devono poter essere controllate, non solo rispetto alle premesse e alle conclusioni del ragionamento, ma anche (o soprattutto) rispetto (per richiamare anche qui un notissimo e fecondo indirizzo di studi) alle conseguenze operative da esso discendenti.

Naturalmente, parlando di premesse da cui muove l'interprete, si apre un altro tema delicatissimo. In sintesi: si possono porre premesse del ragionamento giuridico che siano, per così dire, dogmaticamente verificabili, in termini di correttezza, e, nel caso, falsificabili? Oppure il discorso sulla controllabilità delle premesse sfugge come tale alla questione della verificabilità/falsificabilità? Qui ritorna, ma sotto altra luce, il rapporto (evidentemente problematico, e certo non da oggi) tra tecnica giuridica e assiologia.

La risposta di Schlesinger (che però non prende espressa posizione sul punto, ma la sua prolusione contiene, in questo senso, preziosi indizi di carattere metodologico, che potranno essere ulteriormente messi a frutto) è nel senso che anche le premesse dogmatiche del ragionamento sono, di necessità, assiologicamente orientate (e dunque, da questo punto di vista, la concezione del mondo dell'interprete non potrà essere del tutto tacitata, così riconducen-

dedicata alla dogmatica giuridica e ai concetti giuridici, in particolare. [...] Quello che rimane è il fascino di una visione (di cui A. era partecipe) che vedeva l'evoluzione del diritto incentrata sul ruolo di una dottrina giuridica, accorta e responsabile costruttrice di *regulae juris*. E l'auspicio che quel modello di giurista, di cui A. diede testimonianza nell'Italia del secolo scorso, possa tornare un giorno di attualità”. Si veda ora Cariello, 2020, cap. II.

dola alla sfera della avalutatività: del resto – per fare, anche a questo proposito, un cenno a un tema notissimo –, è opinabile affermare che sia fino in fondo vantaggiosa la ricerca, a ogni costo, dell’avalutatività dell’interprete⁴⁹; tuttavia, il sistema giuridico, il diritto positivo, i concetti che la dottrina ha costruito, gli attuali orientamenti della giurisprudenza – e quindi, più in generale, ogni formante del diritto – rappresentano, tutti insieme, vincoli (provvisi di maggiore o minore forza persuasiva)⁵⁰ alla libertà dell’interprete, affinché, anzi, tale libertà non trascolori in arbitrio. Se, allora, la forza ermeneutica dell’interprete risiede nel costante (ma non traumatico – nella logica, per intenderci, del *prospective overruling*)⁵¹ riorientamento delle *regulae iuris* applicabili (cioè del loro contenuto), di fronte alle numerose (e soprattutto imprevedibili) sopravvenienze (peraltro, della più varia natura: oggi, la sopravvenienza tecnologica⁵², ad esempio, impone un generale ripensamento della responsabilità civile, e si tratta comunque di un ripensamento trasversale alla politica e alla tecnica giuridica), rimane il fatto che il ragionamento giuridico non si muove mai all’interno di uno spazio vuoto, anche quando quello spazio sia oggetto di una radicale contestazione, da cui un mutamento ordinamentale. Ciò, del resto, realizza, direi in primo luogo, una irrinunciabile garanzia ordinamentale, sia rispetto alla fondamentale esigenza di certezza del diritto, sia rispetto all’altrettanto fondamentale esigenza della prevedibilità delle decisioni. Ma si tratta di una certezza e di una prevedibilità, per dir così, rilette in chiave ermeneutica, e come tali aperte alla costante interrelazione tra testi e

49. Ad esempio, e con nettezza, Orestano, 1987, pp. 343-347.

50. Ma è vero che, proprio nel momento in cui ritorna la funzione sanzionatorio-punitiva della responsabilità civile, sarebbe utile una riflessione, a largo raggio, sull’opportunità (a mio avviso predicabile) di un regime di responsabilità disciplinare piuttosto rigorosa, sì da bilanciare quell’ampio (a mio avviso benefico) margine di discrezionalità (pur non mai arbitraria, ché, allora, si aprirebbe automaticamente il terreno della responsabilità civile, quando non penale) di cui oggi il giudice dispone. Lo stesso discorso andrebbe fatto in riferimento alla responsabilità professionale dell’avvocato, anche in chiave di deontologia professionale, che, a mio parere, meriterebbe una riflessione rinnovata, proprio nella prospettiva di una generale messa a punto critica della responsabilità civile.

51. Cfr. la seguente notazione di Sereni, 1956, pp. 31-32, che spiega piuttosto bene, a mio modo di vedere (ma la questione, come noto, è tuttora oggetto di discussione, tra gli specialisti), perché gli ordinamenti di *civil law* (o almeno alcuni, come quello italiano) abbiano preso una rotta metodologica convergente con quella percorsa da quelli di *common law*: “La verità è che i sistemi della *common law* hanno conservato forme e metodi che possono sembrare arcaici, non perché essi siano incapaci di evoluzione, ma perché sia gli Inglesi che gli Americani ritengono che la giustizia sostanziale è favorita dalla mancanza di impedimenti di carattere dogmatico, e che il diritto può meglio adattarsi alla soluzione delle questioni di specie ed alle esigenze mutevoli della società che esso governa ove sia consentito al giudice di esercitare un’ampia discrezionalità e di seguire un indirizzo pragmatistico”.

52. Zaccaria, 2021.

contesti, tra disposizioni e valori, tra principi e interessi⁵³. Potremmo anche dire, forse, una certezza e una prevedibilità dinamicamente intese, che poi è solo un altro modo per esprimere, nuovamente, l'idea di una dogmatica (e quindi, di una argomentazione giuridica) storicisticamente orientata.

Se si procede lungo questa linea culturale, non solo il terreno della responsabilità civile risulterà particolarmente fecondo per una serie di analisi empiriche circa la fondatezza, l'opportunità, la tenuta di una determinata argomentazione, ma proprio all'interno di questa linea culturale il giurista troverà la dimensione operativa più autentica, quantomeno oggi, a cavallo, appunto, tra tecnica giuridica e politica del diritto. E l'abilità del giurista (di un giurista, aggiungerei, che si muova in un'ottica progressiva, come tale favorevole al mutamento ordinamentale) si rivela tale, soprattutto, nel saper accompagnare i "moti" dell'ordinamento, controllando, però, e anzi prevenendo, ogni rischio di sconquasso sistematico⁵⁴.

Orbene, se il tema della responsabilità civile, e, ancor più, quello della ingiustizia del danno sono particolarmente sensibili sotto l'aspetto delle premesse di valore dell'interprete, lo sforzo argomentativo di Schlesinger è soprattutto rivolto al ripensamento dogmatico, più che assiologico. Si può aggiungere: perché, già in quegli anni, determinate esigenze sociali si erano manifestate con una certa forza (e infatti la giurisprudenza stava già percorrendo, autonomamente, la strada dell'ampliamento dell'ingiustizia del danno, come del resto lo stesso Schlesinger rileva).

Da questo punto di vista, infatti, Schlesinger osserva che non sempre è facile, proprio in chiave dogmatica, accertare se l'ordinamento abbia tutelato, oppure no, determinati interessi, in chiave di diritto soggettivo (il riferimento è ai diritti della personalità); e tuttavia si tratta di interessi che sono pacificamente ritenuti meritevoli di protezione, e quindi il rigido approccio in termini di diritto soggettivo assoluto si rivela tecnicamente inadeguato, in chiave di tutela aquiliana⁵⁵.

Ecco che, allora (ma qui assai semplificando il discorso svolto da Schlesinger), il requisito dell'ingiustizia va ripensato nel senso che danno ingiusto significa danno che non trova giustificazione all'interno dell'ordinamento; in altre parole, si ha danno ingiusto quando l'interesse che ha mosso ad agire il danneggiante non trova alcuna giustificazione giuridicamente rilevante.

Alla luce di questo approccio, l'analisi dogmatica può in effetti andare incontro a talune difficoltà, come subito emerge quando, ad esempio, ci si chieda: l'interesse del danneggiante è protetto, o no, dall'ordinamento? E ancora: la protezione dell'ordinamento passa necessariamente attraverso la

53. Lipari, 2021a.

54. Gentili, 2013; Terranova, 2015 e 2020.

55. Schlesinger, 1960, p. 338.

qualificazione in termini di diritto soggettivo? Che cosa accade quando manchi un diritto soggettivo, in questo senso, di copertura e di protezione? È ovvio che un approccio al problema in termini di necessaria qualificazione dell'interesse del danneggiante attraverso l'individuazione di un diritto soggettivo ricadrebbe esattamente in quelle secche dalle quali, invece, Schlesinger ha cercato (vittoriosamente) di sottrarsi.

Sotto questo aspetto, bisogna partire dal riconoscere che la risposta del nostro autore può anche essere considerata, almeno *prima facie*, non del tutto soddisfacente, perché egli muove dall'affermazione che il problema circa la qualificazione dell'interesse protetto del danneggiante va risolto sulla base dell'analisi del materiale legislativo, per accertare, attraverso sicuri indici normativi, l'esistenza di una qualche protezione ordinamentale dell'interesse del danneggiante medesimo⁵⁶; tuttavia, nella parte finale della riflessione, troviamo un passaggio molto netto, in chiave metodologica: l'interprete deve fare ricorso alla tecnica del bilanciamento degli interessi in conflitto. Di più: questo riferimento al bilanciamento si lega a un'osservazione che Schlesinger fa rispetto alla rilevanza della propria rilettura dell'art. 2043 nella prospettiva dell'equità⁵⁷.

In particolare, è lo stesso principio del *neminem laedere*, inteso appunto nel senso di non arrecare danno ad altri, in assenza di una giustificazione ordinamentale, a essere attratto nella sfera dell'equità, perché, in questo modo, si dispone di un principio (e di un criterio di giudizio) senza dubbio sufficientemente sensibile per andare a colpire quelle condotte che sono fonte di danni ingiusti, nel presupposto che l'interesse in vista del quale il danneggiante ha agito non è giuridicamente protetto. Il punto interessante, in chiave argomentativa, è che il risultato ermeneutico non cambia, anche quando manchi una norma proibitiva espressa che sanzioni il fatto lesivo.

Nel lavoro di Rodotà, uno degli aspetti maggiormente durevoli (ma, a mio avviso, estremizzato da numerosi epigoni, rispetto alla linea teorico-ricostruttiva dell'autore)⁵⁸ è dato, invece, dal collegamento tra l'art. 2043 e il principio di solidarietà costituzionale (art. 2): ma non già nel senso dell'apertura alla coscienza sociale affidata all'interpretazione del giudice⁵⁹, quan-

56. Ivi, p. 347.

57. Ivi, p. 341.

58. Ma soprattutto da quella giurisprudenza che ha applicato e applica il principio di solidarietà in riferimento alla buona fede contrattuale, portando, appunto, all'estremo quella prospettiva solidaristica che, in Rodotà, era senza dubbio assai attenuata, e comunque considerava sempre necessaria la mediazione legislativa (Rodotà, 1969). Cfr. allora gli interventi di rilettura del volume, apparsi in "Politica del diritto", 1/2019.

59. In tema, è assai interessante un recente dibattito ("I mutamenti della coscienza sociale tra Corte costituzionale e legislatore"), svoltosi telematicamente il 4 marzo 2021 e fruibile grazie a "Radio Radicale", <https://www.radioradicale.it/scheda/630526/i-mutamenti-della-coscienza-so->

to piuttosto nel senso che ogni forma di protezione legislativa di un determinato interesse del danneggiato va letta nella prospettiva della solidarietà ordinamentale⁶⁰.

La rilevanza, in chiave ermeneutica, del danno ingiusto, si rivela, allora, nella costante necessità, non solo di adeguare un testo a un contesto⁶¹, o, meglio, di leggere un testo rispetto a un contesto, ma anche, o soprattutto, nella necessità di costantemente riadeguare la dogmatica in chiave funzionale, in difesa di una dogmatica, appunto, funzionalmente orientata. Pensando di nuovo ad Ascarelli, potremmo anche usare la formula della dogmatica sociologica (in questo senso raffrontabile, in chiave critico-conoscitiva, al diritto comparato)⁶², ma solo per esprimere l'idea di una dogmatica, e quindi di un ordine concettuale, che è comunque una rete di protezione di fronte alle esigenze sociali. Ma le maglie della rete sono sufficientemente elastiche da risultare adattabili agli oggetti sociali che avvolgono, quale necessaria premessa di una comprensione sociale che è, in sé, anche trasformazione giuridica⁶³.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Alpa, G. (1999). *Trattato di diritto civile*, IV. *La responsabilità civile*. Giuffrè.
- Alpa, G. (a cura di) (2017). *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*. Pacini Giuridica.
- Ascarelli, T. (1949). Premesse allo studio del diritto comparato. In *Saggi giuridici* (pp. 3-40). Giuffrè.
- Ascarelli, T. (1953). Diritto comparato e teoria dell'interpretazione. In *Atti del primo convegno di studi giuridico-comparativi* (pp. 19-70). Istituto italiano di studi legislativi.
- Ascarelli, T. (1955a). Contrasto di soluzioni e divario di metodologie. In *Saggi di diritto commerciale* (pp. 527-566). Giuffrè.
- Ascarelli, T. (1955b). Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato. In *Saggi di diritto commerciale* (pp. 481-519). Giuffrè.

ziale-tra-corte-constituzionale-e-legislatore. In particolare, segnalo l'intervento di Riccardo Guastini, il quale, con la consueta nettezza comunicativa, svolge una serie di considerazioni critiche, rispetto all'ipotesi di un giudice interprete e attuatore della "coscienza sociale".

60. Rodotà, 1964, cap. III, spec. pp. 112-113: "Non si tratterà, dunque, di una serie aperta di casi di responsabilità civile nel senso che il giudice potrà, secondo il modo in cui riterrà opportuno interpretare la coscienza collettiva in un determinato momento storico, ammettere la esistenza di un qualsiasi dovere; bensì nel senso che il limite della solidarietà deve ritenersi operante in tutte le situazioni per le quali è prevista una qualsiasi forma di protezione legislativa. Sì che il danno sarà rilevabile attraverso la comparazione del modo in cui la situazione si sarebbe presentata senza violazione del principio di solidarietà e quello in cui si trova a violazione avvenuta".

61. Lipari, 2021b.

62. Ascarelli, 1953 e 1955b.

63. Zaccaria, 2014.

- Ascarelli, T. (1960). Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica. In Th. Hobbes, G. W. Leibniz, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England – Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretation* (pp. 3-69). Giuffrè.
- Benatti, F.(rancesca) (2021). La funzione delle clausole generali nel diritto privato. *Banca, borsa, titoli di credito*, I, 381-398.
- Benatti, F.(rancesco) (2021). Che ne è oggi del testo del contratto?, *Banca, borsa, titoli di credito*, I, 1-17.
- Benedetti, G. (2020). *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*. Il Mulino.
- Betti, E. (1959) 1991. Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva. In *Diritto Metodo Ermeneutica*, a cura di G. Crifò (pp. 524-554). Giuffrè.
- Betti, E. (1962). rec. di Benjamin N. Cardozo, *Il giudice e il diritto* (La Nuova Italia, Firenze 1962). *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 424-428.
- Bognetti, G. (2011). Costantino Mortati e la Scienza del diritto. *Quaderni costituzionali*, 803-894.
- Buchanan, N. H., Dorf, M. C. (2021). A Tale of two formalism: How law and economics mirrors originalism and textualism. *Cornell Law Review*, 106 (3), 591-676.
- Bussani, M. (2020). L'illecito civile. In *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri. ESI.
- Cappelletti, M. (1972). *Giustizia e società*. Edizioni di Comunità.
- Cappelletti, M. (1975). Giustizia e istinto: giurisprudenza e “scienza dell'anima”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1579-1583.
- Cariello, V. (2020). *Comparazioni e interpretazioni*. Giappichelli.
- Castronovo, C. (2018). *Responsabilità civile*. Giuffrè.
- De Gennaro, A. (1974), *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*. Giuffrè.
- Ehrenzweig, A. A. (1971). *Psychoanalytic Jurisprudence. On Ethics, Aesthetics, and “Law” – On Crime, Tort, and Procedure*. Sijthoff.
- Franzoni, M. (2020). Fatti illeciti (Art. 2043-2059). In *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova. II ed. Zanichelli.
- Gentili, A. (2013). Il diritto come discorso. In *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti. Giuffrè.
- Guastini, R. (2021). Giovanni Tarello e la “Scuola di Genova”. *Lo Stato*, 16, 127-135.
- Irti, N. (2019). La necessità logica della fattispecie. (Intorno a una definizione leibniziana). *Ars Interpretandi*, 147-152.
- Libertini, M. (2005), Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli. *dircomm.it*, IV.3, marzo, 1-18.
- Lipari, N. (1968). Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo). *Rivista di diritto civile*, I, 297-338.
- Lipari, N. (2021a). *Elogio della giustizia*. Il Mulino.
- Lipari, N. (2021b). Il diritto civile tra passato e futuro. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 317-347.
- Luciani, M. (2016). Interpretazione conforme a costituzione. *Enciclopedia del diritto*, Annali, IX (pp. 391-476). Giuffrè.
- Monateri, P. G. (2020). La RC oltre il punto di non ritorno? *Danno e responsabilità*, 557-558.

- Nitsch, C. (2020). Dogmatica, poetica e storia. Ancora sul rapporto tra Betti e Croce. *Ars Interpretandi*, 151-172.
- Oliveri, L. (2021). Quando l'autonomia concettuale sfocia nell'insussistenza: dove sta andando il danno morale? Un panorama giurisprudenziale. *Responsabilità civile e previdenza*, 1402-1420.
- Orestano, R. (1987). *Introduzione allo studio del diritto romano*. Il Mulino.
- Papayannis, D. M. (2021). El derecho privado como instrumento de la política pública. *Ars Interpretandi*, 2, 57-72.
- Pastore, B. (2013). Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico. *Ars Interpretandi*, 73-82.
- Perlingieri, P. (2020). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. II, *Fonti e interpretazione*. IV ed. riscritta e ampliata. ESI.
- Pinelli, C. (2010). Il confronto sull'interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli. In *Il diritto tra interpretazione e storia*. Liber amicorum per Angel Antonio Serbati, tomo IV (pp. 67-91). Aracne.
- Ponzanelli, G. (2021). Perché abbiamo bisogno di una sola Tabella Giudiziale per il risarcimento del danno alla persona. *Danno e responsabilità*, 401-404.
- Ricci, F. (a cura di) (2018). *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*. Giuffrè-Francis Lefebvre.
- Rodotà, S. (1964; 1967, rist. inalt.). *Il problema della responsabilità civile*. Giuffrè.
- Rodotà, S. (1969; 2004, rist. integr.). *Le fonti di integrazione del contratto*. Giuffrè.
- Schlesinger, P. (1960). La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile. *Jus*, 336-347.
- Sereni, A. P. (1956, rist. inalt.). *Studi di diritto comparato*, I. *Diritto degli Stati Uniti*. Giuffrè.
- Spantigati, F. (2005). Le aquile non volano a stormi. *Jus*, 421-432.
- Terranova, G. (2015). *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*. Pacini Giuridica.
- Terranova, G. (2020). *Il diritto e il suo linguaggio. Metodi, teorie, parole del diritto commerciale*. Giuffrè-Francis Lefebvre.
- Timpanaro, S. (1973). Ritratti critici di contemporanei – Giorgio Pasquali. *Belfagor*, 183-205.
- Velluzzi, V. (2010). *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*. Giuffrè.
- Venosta, F. (2021). *"Contatto sociale" e affidamento*. Giuffrè-Francis Lefebvre.
- Vettori, G. (2021a). *Effettività fra legge e diritto*. Giuffrè-Francis Lefebvre.
- Vettori, G. (2021b). I principi, le parole e la dogmatica. Effettività, ragionevolezza, proporzionalità. *Ars Interpretandi*, 2, 89-104.
- Viola, F. (2015). Il diritto come arte della convivenza civile. *Rivista di filosofia del diritto*, 57-74.
- Viola, F. (2018a). L'interpretazione dell'interpretazione. Un omaggio a Riccardo Guastini. In P. Chiassoni, P. Comanducci, G. B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. I (pp. 35-43). Marcial Pons.
- Viola, F. (2018b). Una teoria deliberativa della giurisdizione? *Ars Interpretandi*, 13-28.
- Viola, F. (2019). Una teoria descrittiva del diritto: U. Breccia, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di "teoria generale del diritto"* (Pacini Giuridica, Pisa 2019). *Ars Interpretandi*, 171-179.

- Viola, F. (2021). Prospettive della teoria del diritto. In *Teoria e prassi dell'esperienza giuridica. In ricordo di Francesco Gentile* (pp. 15-37). ESI.
- Zaccaria, G. (2014). Rileggendo la *jurisprudence* normativa di Ronald Dworkin: una valutazione complessiva. *Rivista di filosofia del diritto*, 41-60.
- Zaccaria, G. (2019). Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità. *Ars Interpretandi*, 7-14.
- Zaccaria, G. (2020a). Emilio Betti: un pioniere dell'ermeneutica misconosciuto. Perché? In *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. Banfi, M. Brutti, E. Stolfi (pp. 101-116). RomaTre-Press (il saggio, con il titolo *Ripensare Emilio Betti, oggi*, si legge anche in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2019, 517-534).
- Zaccaria, G. (2020b). La ragione dialogica dell'ermeneutica. *Ars Interpretandi*, 125-150.
- Zaccaria, G. (2021). Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive. *Ars Interpretandi*, 29-52.
- Zoppini, A. (2020). *Il diritto privato e i suoi confini*. Il Mulino.