

Il danno ingiusto fra il giudice e la legge

di Massimo Franzoni

Lo studio esamina il modo in cui si è svolto il dialogo fra giudice e legislatore, nel settore della responsabilità civile. Affronta i principali casi in cui a partire dalla seconda metà del secolo scorso i precedenti giurisprudenziali hanno influenzato l'interpretazione delle norme, creando il cd. diritto vivente. Certamente nell'impiego della colpa e dell'applicazione della clausola generale di ingiustizia è stata la giurisprudenza a dare il contributo di maggiore impatto. Talvolta l'invenzione si è spinta al punto da creare figure nuove, penso al contatto sociale.

Non sono mancati casi in cui il legislatore ha corretto orientamenti consolidati, introducendo una regola in contrasto con un certo orientamento.

1. Il giudice e la norma per clausola generale

Si suole usualmente affermare che l'area della responsabilità civile appartiene al settore del cd. diritto giurisprudenziale, ossia di quel diritto che è fortemente influenzato dagli orientamenti della giurisprudenza, che spesso innova, così creando di fatto il diritto vivente, o vigente, secondo i linguaggi. Questa idea ha incominciato ad affermarsi ben prima del dibattito più recente che si interroga sul fatto che la giurisprudenza sia diventata fonte del diritto¹.

Storicamente la ragione va individuata nel fatto che a partire dal fondamentale studio di Rodotà del 1964², la nozione di danno ingiusto è stata catalogata come clausola generale. Orbene una clausola generale è una norma la cui precettività dipende dal concorso dell'attività del legislatore e dell'interprete, poiché quest'ultimo è chiamato a definire il comando. Con altro linguaggio, queste norme sono anche state definite "norme in bianco", intendendosi per tali quelle che sono prive di una fattispecie determinata e per le quali la creazione del precetto è ad opera dell'interprete.

Una volta affermato che danno ingiusto indica la lesione ad un suo interesse meritevole di tutela subito dalla vittima, è cambiato lo scenario di riferimento. La responsabilità civile ha cessato di essere il rimedio dato per proteggere la proprietà, intesa come diritto reale assoluto, è diventato lo strumento per tutelare le vittime di qualsiasi relazione umana, purché giudicata meritevole. In questo modo l'illecito aquiliano è diventato un illecito atipico, poiché la sua qualificazione non avviene mediante un processo di sussunzione del fatto materiale alla fattispecie astratta della norma; così accade in alcuni sistemi di altri ordinamenti, sicuramente questo è il *modus operandi* del sistema penale, nel quale il principio di tassatività è a presidio del principio *nullum crimen sine lege*.

In sistemi come questi, governati dalla tipicità, il compito dell'interprete è di ricondurre il fatto alla fattispecie legislativa, così da far dipendere le conseguenze giuridiche. In altri, come quello italiano o francese, il compito dell'interprete è di valutare se il conflitto nato da una certa relazione possa comportare un sacrificio meritevole di risarcimento, oppure se questo conflitto debba essere tollerato da chi subisce

1. Cfr. da ultimo e in via di sintesi, G. Alpa, *Giudici e legislatori*, in *Contratto e impr.*, 2017, pp. 1 ss.

2. S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

l'iniziativa altrui. Il primo ad aver posto la questione e ad aver indicato il modo per risolvere il conflitto attraverso l'impiego delle norme costituzionali è stato Rodotà, appunto, secondo il quale l'ingiustizia del danno è una clausola generale e che la sua funzione consiste nel selezionare le lesioni delle situazioni che abbiano violato il dovere di solidarietà sociale, da rinvenirsi negli artt. 2 e 41, comma 2^o, Cost.³ In questo modo, si è ridisegnato il sistema delle fonti del diritto, le relazioni umane sono state collocate in un certo quadro di riferimento, quello disegnato dalla solidarietà sociale dell'art. 2 Cost., il potere del giudice è stato limitato dal disegno costituzionale.

In presenza di una clausola generale il giudizio di meritevolezza è stato demandato al giudice, ma il suo potere non è arbitrario, dipende dai principi generali dell'ordinamento giuridico letti alla luce dei principi costituzionali. Il potere del giudice, quindi, è creativo, ma controllabile, in ciò si differenzia da una certa idea di equità, intesa come precetto creato per il caso singolo, anche fuori dalle regole dell'ordinamento giuridico, idea che, talvolta, qualche interprete ha accarezzato⁴.

In presenza di una clausola generale, dunque, il giudice è chiamato a compiere un'attività creatrice, poiché in questo modo realizza la volontà della legge, la quale lo ha delegato. È questo il modo in cui il diritto positivo ha inteso garantire la maggior longevità possibile alle norme, in tutti gli ambiti in cui ha impiegato espressioni come: l'ordine pubblico, il buon costume, la buona fede, la correttezza, il danno ingiusto, più di recente, la ragionevolezza, quando ha la natura di clausola generale⁵. Con queste espres-

sioni il legislatore non ha dettato soltanto norme dal contenuto elastico, come quando ha menzionato la diligenza, la colpa, il "senza indugio" (art. 2446 cc) quale termine entro il quale gli amministratori devono convocare l'assemblea. In queste ultime, il precetto è stabilito dal legislatore, mentre all'interprete spetta il compito di determinarne l'ampiezza; nelle clausole generali manca proprio alcun riferimento ad un tipo preciso di precetto, per cui molto maggiore è il compito demandato all'interprete.

Il danno ingiusto dell'art. 2043 cc è stata una buona palestra nella quale il giudice si è mosso; con lentezza è approdato all'ultimo degli obbiettivi da tempo prefigurati dagli interpreti, ossia il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo⁶.

2. Il giudice e l'overruling

La storia delle «mobili frontiere del danno ingiusto» sono costellate di *overruling*, ossia di cambiamenti nel modo di interpretare la norma⁷. Così il noto caso Meroni del 1971⁸ è stato un *overruling* rispetto al precedente orientamento; il risarcimento del danno da uccisione del coniuge *more uxorio*⁹, lo è stato rispetto all'orientamento precedente che riconosceva il risarcimento soltanto al coniuge sopravvissuto di un matrimonio; del risarcimento del danno ad lesione dell'interesse legittimo ho già detto, ma altri *overruling* ci sono stati, anche meno evidenti. Mi viene in mente l'impiego delle norme sulla concorrenza sleale applicate in settori in cui non avrebbero potuto esserlo per difetto dei presupposti soggettivi¹⁰.

3. Cfr. S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., cap. III, pp. 79 ss., spec. pp. 193 ss.

4. Su questi aspetti, cfr. M. Franzoni, *Degli effetti del contratto* (art. 1374-1381), II: *Integrazione del contratto – Suoi effetti reali e obbligatori*, Milano, 2013, sub art. 1374, pp. 162 ss; pp. 202 ss.

5. cfr. M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, cit., sub art. 1375, pp. 190 ss.

6. Cfr. Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 e n. 501, pubblicate e annotate su tutte le principali riviste, fra le quali, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487, sulla quale anche Franzoni, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 1999, pp. 1025 ss. In motivazione sono percorsi tutte le tappe fondamentali che hanno caratterizzato il processo di semplificazione della clausola del danno ingiusto.

7. Riprendo l'espressione dal titolo di un noto dialogo con la giurisprudenza di Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impr.*, 1985, pp. 1 ss.; quelle stesse frontiere poi sarebbero diventate anche "nobili": Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. critica dir. privato*, 1989, pp. 586 ss.

8. Cfr. Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1286, con nota di D. Busnelli, *Un clamoroso «revirement» della Cassazione: dalla «questione di Superga» al «caso Meroni»*; in *Giur. it.*, 1973, I, 2, c. 1186, con nota di G. Visintini, *Ancora sul «caso Meroni»*; *ivi*, 1971, I, 1, c. 680, con nota di Visintini, *In margine al «caso Meroni»*.

9. Cfr. Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1849.

10. Cfr. già Cass., 4 febbraio 1981, n. 742, in *Giur. dir. ind.*, 1981, p. 41; in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 264; e in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 720: «in tema di concorrenza sleale è configurabile la responsabilità solidale a tale specifico titolo pure del terzo non imprenditore, che si renda autore dell'atto di concorrenza sleale in concorso con altra persona rivestita di tale qualità soggettiva; peraltro, secondo la regola generale del concorso nell'illecito, affinché il terzo possa essere chiamato a rispondere per concorrenza sleale non basta che la sua compartecipazione si realizzi sul piano della mera causalità materiale, ma occorre che essa si qualifichi anche come compartecipazione psicologica, quanto meno colposa».

Vi sono altri casi in cui l'*overruling* è avvenuto fuori dall'impiego della clausola generale di ingiustizia e ha assunto il carattere quasi di una vera e propria riforma, realizzata senza l'intervento del legislatore o senza l'intervento della Corte costituzionale¹¹. Quest'ultima Corte, nella storia della responsabilità civile, in particolare nella costruzione del danno alla persona, è stata chiamata più volte a decidere della legittimità costituzionale vuoi dell'art. 2059 cc, vuoi dell'art. 2043 cc. La declaratoria di illegittimità costituzionale avrebbe potuto incidere profondamente lo statuto della responsabilità civile, modificando in radice la propria struttura, ma la Corte non lo ha mai fatto, limitandosi sempre a pronunciare sentenze interpretative di rigetto¹². Queste hanno profondamente inciso nella costruzione del danno alla persona fra la fine degli anni '70 e l'inizio di questo secolo.

Nel 2003, è accaduto un fatto eccezionale, con due sentenze, non proprio attese, è stato inventato il danno da lesione del rapporto parentale, e così è stato risolta la storica vicenda del danno da lutto: diviso tra i fautori della pretesa *iure proprio* o della pretesa *iure hereditatis* per chi lo subisce. Se il *dictum* si fosse limitato a questo, nulla vi sarebbe stato di particolarmente rivoluzionario. La *ratio decidendi* per approdare a questo risultato ha affermato che la riserva di legge dell'art. 2059 cc, doveva essere intesa in modo diverso quando la previsione di tutela fosse contenuta in una norma costituzionale¹³.

Fino a quel momento l'interpretazione generalmente seguita era che la riserva di legge dovesse essere quella ritagliata sul modello dell'art. 185, comma 2^o, cp: occorre un espresso riferimento normativo al risarcimento del danno non patrimoniale, non la generica indicazione di un risarcimento del danno come, ad es. nell'art. 7, comma 1^o, cc, a proposito della tutela del diritto al nome. In quelle sentenze c'è stata una grande apertura che avrebbe collocato siste-

maticamente l'intero danno alla persona di tipo non reddituale all'interno dell'art. 2059 cc. Ciò che prima doveva trovare giustificazione nel danno patrimoniale dell'art. 2043 cc, con un colpo di spugna, dopo queste sentenze, per effetto di un *obiter dictum* sul punto del danno alla salute, il danno alla persona non patrimoniale ha trovato collocazione nell'art. 2059 cc¹⁴.

La chiave di volta è stata leggere in modo differente la riserva di legge dell'art. 2059 cc valorizzando come tecnica argomentativa il ruolo delle fonti del diritto: quando è leso un bene o un interesse di rilievo costituzionale, la riserva di legge è soddisfatta, anche in mancanza di un'espressa previsione di danno non patrimoniale. In altri termini non occorre che nell'art. 2 o nell'art. 32 Cost. sia espressamente prevista la risarcibilità del danno non patrimoniale per ottenere il risarcimento a quel titolo. Questa grande novità ha avuto una portata pari ad una riforma legislativa, al punto che, probabilmente per la prima volta in modo importante, gli interpreti si sono interrogati sull'efficacia dell'*overruling* nel tempo. Per la successione delle leggi nel tempo c'è una regola a fondamento della certezza del diritto, come regolarsi in caso di orientamenti giurisprudenziali che innovano profondamente, pur non avendo la natura del diritto positivo tradizionalmente inteso?

Qualche tempo dopo, nel 2008, con le sentenze di san Martino, come sono state definite¹⁵, si è affermata l'idea che anche il danno non patrimoniale deve essere provato al pari del danno patrimoniale, pur avendo una diversa natura, sicché non basta la richiesta di risarcimento dell'attore, come se si trattasse di un danno *in re ipsa*. Come regolarsi nei casi in cui il processo in primo grado si sia concluso con un'attività istruttoria coerente con l'opinione di quel tempo che riteneva sufficiente la mera richiesta risarcitoria, se nell'atto d'appello il convenuto abbia contestato ogni pretesa avversaria?

11. Situazione assimilabile a questa è avvenuta anche in altri settori del diritto che hanno aperto ad un percorso nel quale si sono succeduti il legislatore a più riprese, la corte di cassazione, la corte costituzionale. Penso alla vicenda dell'uso bancario di capitalizzare trimestralmente gli interessi debitori diventato un uso contrattuale (art. 1340 cc), pertanto privo degli effetti dell'art. 1283 cc consentito ai soli usi legali. Cfr. Cass., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374, e Cass., sez. III, 30 marzo 1999, n. 3096, anche in *Foro it.*, 1999, I, c. 1153, con nota di Palmieri e Pardolesi.

12. Segnalo per mole, per importanza e per fama la Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, anche in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053, alla quale rinvio per la parte in cui ripercorre le tappe in cui la medesima corte è stata chiamata a pronunciarsi su diverse questioni afferenti il risarcimento del danno alla persona.

13. Nella Cass., 31 maggio 2003, n. 8828 e n. 8827, pubblicate su tutte le principali riviste, fra le quali in *Corriere giur.*, 2003, p. 1017, con nota di M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta nel danno alla persona*.

14. È proprio questo il senso delle Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; e Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, cit. nota prec.: «non appena ne sarà fornita l'occasione, merita di essere rimeditato» l'orientamento che ammetteva il risarcimento del danno biologico per effetto del collegamento fra l'art. 2043 cc e l'art. 32 Cost. L'impostazione sembra condivisa dalla Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2201, con nota di E. Navarretta, *La Corte costituzionale e il danno alla persona «in fieri»*.

15. Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in tutte le principali riviste, fra cui in *Corriere giur.*, 2009, p. 5, con nota di M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*; e in *La responsabilità civile*, 2009, numero speciale.

Sottile questione nel dialogo fra giudice e legislatore, in alcuni ordinamenti è accolta la regola che l'*overruling* opera soltanto per il futuro, ma nel nostro nulla si dice.

Ancora nel 2008, le sentenze di san Martino hanno precisato ulteriori aspetti di diritto di risarcimento del danno, come ad esempio:

- la riparabilità del danno non patrimoniale da inadempimento dell'obbligazione;
- la riproposizione del tema dell'allegazione e della prova nel processo;
- la limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale alla sola lesione dei diritti inviolabili dell'uomo, secondo l'art. 2 Cost.;
- la precisazione che il dovere di solidarietà sociale previsto dalla medesima norma costituzionale non va inteso soltanto per attribuire tutela alla posizione della vittima, ma anche per stabilire se sia opportuno che la vittima debba tollerare o sopportare l'iniziativa altrui, in certe situazioni¹⁶.

Ma la vera innovazione si è avuta qualche anno prima: il vero *overruling* è più risalente ed è del 2003.

3. segue: il contatto sociale

C'è stato un momento in cui l'area della responsabilità civile è aumentata in senso esponenziale. L'estensione del danno ingiusto fino a comprendere interessi diversi dai diritti soggettivi è una causa, l'altra causa è stato l'ampliamento avvenuto nell'ambito del danno non patrimoniale. Come si è ricordato in precedenza, il danno non patrimoniale non è risarcibile al pari del danno patrimoniale, tuttavia il primo è diventato una realtà economicamente rilevante. Prima del 2003, buona parte di ciò che ora si risarcisce come danno non patrimoniale era risarcito in applicazione dell'art. 2043 cc, rendendo patrimoniali certe conseguenze del fatto illecito nel patrimonio della vittima, attraverso finzioni: la perdita di benessere della vittima monetizzato con il costo necessario per reintegrare le energie lavorative; oppure il richiamo al costo che lo stato affronta per la previdenza pro capite dei propri cittadini e così via.

Ciò induce a ritenere che la svolta delle sentenze gemelle del 2003 è stata rilevante dal punto di vista sistematico, ma non propriamente sotto l'aspetto quantitativo: l'ipotetico "pil" del risarcimento del danno non è aumentato. In effetti, il danno esistenziale è nato prima del 2003 e sicuramente è un danno non patrimoniale, tuttavia anche in precedenza veniva risarcito, quindi il nuovo corso non ha ampliato il monte dei risarcimenti del danno alla persona.

Tutto ciò conferma l'idea che l'area della risarcibilità di fonte aquiliana, quantomeno a far tempo dal 1971, è costantemente aumentata e non per causa di interventi legislativi. A questo riguardo segnalo che alcune leggi che avrebbero dovuto influire significativamente nel settore del fatto illecito, penso principalmente alla legge sulla responsabilità del produttore di beni destinati al consumo, non hanno men che meno inciso rispetto alla quantità del contenzioso e al monte dei risarcimenti.

C'è stata soltanto un'apparente pausa, quando ad un certo punto il dipendente che aveva subito lesioni e che in base al contratto di lavoro aveva continuato a percepire la retribuzione si è visto privare del risarcimento del danno dal responsabile dell'illecito. In realtà vi è stata una correzione motivata dal ripensamento sulla persona di colui che subisce effettivamente la perdita. Se il dipendente ha continuato a ricevere la retribuzione, egli non ha patito alcuna perdita, a subirla sarà stato il datore di lavoro che abbia corrisposto la retribuzione, senza ricevere alcun corrispettivo, oppure l'ente previdenziale che lo abbia fatto al suo posto. In realtà anche in questa ipotesi si è trattato di un aggiustamento di tiro: il risarcimento va accordato a chi effettivamente abbia subito una perdita¹⁷. Non è stato negato il risarcimento, dunque, è cambiato il soggetto legittimato a richiederlo.

Sul finire del II millennio si è delineato un orientamento che apparentemente ha portato fuori dalla responsabilità civile ciò che in precedenza era dentro. Alludo a quella figura, di chiara invenzione giurisprudenziale, andata sotto il nome di "contatto sociale", che ha fatto discutere moltissimo e che ha provocato anche la reazione del legislatore¹⁸. La vicenda è abbastanza nota, nel 1999, per la prima volta, i giudici hanno deciso che la responsabilità del medico dipendente ospedaliero, nei confronti del paziente, «deve qualificarsi contrattuale, non già per l'esistenza di un

16. Ho trattato questi temi anche in M. Franzoni, *Cosa è successo al 2059 cc?*, in *La responsabilità civile*, 2009, § 5; dando atto di E. Navarretta, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ.*, 2001, p. 789; Id., *Art. 2059 cc e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 865, in nota a Trib. Roma, 20 giugno 2002; Id., in *I Danni Non Patrimoniali – Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2004, pp. 28 ss.

17. La vicenda è esattamente ricostruita da Cass., sez. un., 12 novembre 1988, n. 6132, in *Foro it.*, 1988, I, c. 742, annotata da Pardolesi, da Di Majo, e da Poletti.

18. Il riferimento è alla l. Gelli, all'art. 7, comma 3°, l. 8 marzo 2017, n. 24.

pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato dal “contatto sociale”¹⁹. Questo *dictum* è stato successivamente ripetuto tanto con riguardo alla responsabilità dell’ospedale, quanto a proposito del medico, per ribadire che il «paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l’esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l’insorgenza o l’aggravamento della patologia ed allegare l’inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante»²⁰.

Ancora: nel 1999 è stato deciso che le norme dirette agli «amministratori di una società di capitali, dettate al fine di consentire un corretto svolgimento dell’amministrazione della società, sono applicabili non soltanto ai soggetti immessi, nelle forme stabilite dalla legge, nelle funzioni di amministratori, ma anche a coloro che si siano, di fatto, ingeriti nella gestione della società in assenza di una qualsivoglia investitura da parte dell’assemblea, sia pur irregolare o implicita, così che i responsabili delle violazioni di dette norme vanno individuati, anche nell’ambito del diritto privato (così come in quello del diritto penale ed amministrativo: artt. 135, 136 d.lgs 1 settembre 1993, n. 385; art. 11 d.lgs 18 dicembre 1997, n. 472;

artt. 190, 193 d.lgs 24 febbraio 1998, n. 58) non sulla base della loro qualificazione formale, bensì con riguardo al contenuto delle funzioni concretamente esercitate»²¹. Dunque non più sul fatto illecito deve essere trovata la regola della responsabilità degli amministratori di fatto, bensì sul contatto sociale derivato dalla posizione ricoperta da chi si è comportato come se fosse il vero gestore della società.

La vicenda è evoluta ancora e un ragionamento simile a quello appena riportato ha riguardato anche la responsabilità della banca che abbia pagato male un assegno²². In realtà questa figura è stata impiegata in numerose altre ipotesi, ma ai nostri fini preme soltanto indicarne la portata in rapporto alla responsabilità civile tradizionalmente intesa²³. Ciò che prima veniva risarcito in applicazione delle regole della responsabilità civile ad un certo punto è stata risarcita secondo questa nuova figura, con l’intento di applicare le regole della responsabilità contrattuale o, come meglio si dovrebbe affermare, della responsabilità da inadempimento dell’obbligazione.

Qual è il senso?

Su questa vicenda si è scritto moltissimo, sono stati scomodati i giuristi tedeschi, poi ci si è accorti che la citazione forse non era calzante; è stata inventata una formula di grande successo, ma non sempre completamente veritiera: il contatto sociale ha un’obbligazione senza prestazione. Certo l’invenzione di

19. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294, con nota di Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corriere giur.*, 1999, p. 441, annotata da Di Majo, *L’obbligazione senza prestazione approda in cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 999; in *Arch. civ.*, 1999, p. 713; in *Resp. civ.*, 1999, p. 652, con nota di Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la cassazione*; e in *Contratti*, 1999, p. 999, con nota di Guerinoni, *Obbligazione da «contratto sociale» e responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi*.

20. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *La responsabilità civile*, 2008, p. 687, con nota di Dragone, *Le sezioni unite, la “vicinanza alla prova” e il riparto dell’onere probatorio*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 1002, con nota di M. Gazzara, *Le sezioni unite “fanno il punto” in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *La responsabilità civile*, 2008, p. 397, con nota di Calvo, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Mass. Foro it.*, 2006; Cass., 24 maggio 2006, n. 12362, *ivi*, 2006.

21. Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2299; in *Corriere giur.*, 1999, p. 1396, con nota di Perrone, *Un revirement della cassazione sulla responsabilità dell’amministratore di fatto*; in *Riv. legisl. fisc.*, 1999, p. 643; e in *Dir. e pratica società*, 1999, fasc. 20, p. 44, con nota di Manzini, *La responsabilità contrattuale dell’amministratore di fatto*.

22. Cfr. Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1710, annotata da Di Majo, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 160, con nota di Benedetti, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*; A. Fabrizio-Salvatore, *Responsabilità della banca trattaria per l’assegno non trasferibile incassato da persona diversa dal beneficiario*; in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, p. 1442, con nota di Leggeri, *Natura della responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prenditore*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 160, con nota di T. Greco, *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*; in *Giur. it.*, 2008, p. 864, con nota di Buffoni, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell’obbligazione senza prestazione*; e in *Giur. it.*, 2008, p. 1150 (m), con nota di Cottino, questo principio è stato espresso in sede di risoluzione di contrasto di giurisprudenza. La stessa impostazione è seguita in caso diverso deciso da Trib. Napoli, 10 gennaio 2006, in *La responsabilità civile*, 2006, p. 687, con nota di Vanacore, *Responsabilità dell’ente previdenziale da errate informazioni: contributo alla causa della “responsabilità da contatto”*: «l’errata certificazione da parte dell’Inps di una posizione contributiva tale da far ritenere perfezionato il requisito di accesso al pensionamento in capo ad un soggetto è fonte di responsabilità contrattuale dell’istituto, che ha l’obbligo di fornire ai cittadini, sulla base dell’art. 54 l. 9 marzo 1989, n. 88, informazioni esatte ed intelligibili».

23. Per un’ampia rassegna di ipotesi in cui è stato impiegato il contatto sociale: M. Franzoni, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ.*, 2011, pp. 1693 ss.

questa figura è molto italiana, nonostante i richiami alla dottrina tedesca; letto con le lenti dell'art. 1173 cc, si caratterizza per essere un "fatto", diverso dal fatto illecito, che fa nascere obbligazioni, secondo l'ordinamento giuridico. Il "fatto" del contatto qualificato fa nascere l'obbligazione, con una prestazione diversa da caso a caso, l'inadempimento dell'obbligazione fa nascere la responsabilità, secondo lo schema dell'art. 1218 cc. Rispetto alla tradizione, questa soluzione si scontra con la tendenza che vede tipizzati gli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni, secondo l'art. 1173 cc.

Certo l'art. 2043 cc è norma con una fattispecie profondamente diversa da quella dell'art. 1218 cc, diverso è l'onere della prova dell'attore in giudizio, specie dopo la precisazione fatta dalla Cassazione nel 2001²⁴, poi ripresa nel 2004 per le obbligazioni di mezzi come quella dei professionisti²⁵. Ma la vera portata di questa invenzione giurisprudenziale, nata nel 1999, è di aver comportato l'applicazione della prescrizione ordinaria dell'art. 2946 cc e non della prescrizione breve dell'art. 2947 cc. Forse l'intenzione dei giudici, inizialmente, è stato di creare un sistema parallelo a quello dell'illecito aquiliano, di fatto la vera innovazione è consistita nell'estendere la tutela per quei casi per i quali la prescrizione era già maturata.

Segnalo che proprio questa circostanza è stata causa efficiente dell'abbandono della compagnie di assicurazione dal settore della sanità. Non tanto l'inasprimento della responsabilità del medico o l'entrata in scena del danno da perdita di *chance*, quanto il raddoppio del termine di prescrizione ha reso oltremodo oneroso l'assunzione del rischio nel settore sanitario.

4. Dal giudice alla legge e dalla legge al giudice

La responsabilità civile è una figura che spesso ha visto nella sentenza un sorta di provvedimento anticipatorio di soluzioni che il legislatore successivamente avrebbe recepito. Molti hanno indicato proprio in questa una delle possibili funzioni della responsabilità civile e come esempio spesso citano la vicenda della responsabilità del produttore in Italia²⁶.

Tra la fine degli anni '50 e i primi anni '70, ci sono state una serie di pronunce che hanno tenuto un atteggiamento alquanto rigoroso verso il produttore. Fin dal suo nascere si sono delineati due orientamenti che attraverso la presunzione di colpa²⁷ o attraverso una oggettivazione della diligenza richiesta al fabbricante²⁸ hanno spianato la strada

24. Cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769, con nota di Laghezza, *Inadempimenti e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Corriere giur.*, 2001, p. 1565, con nota di Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

25. Cfr. Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, p. 26, con nota di De Matteis, *La responsabilità medica ad una svolta?*; in *Nuova giur. civ.*, 2004, I, p. 783, con nota di Palmerini, *La responsabilità medica e la prova dell'inesatto adempimento*; in *Giur. it.*, 2005, p. 1413, con nota di Perugini, *La fattispecie prevista dall'art. 2236 cc e la ripartizione dell'onere della prova*; e in *La responsabilità civile*, 2005, p. 396, con nota di Martinelli, *L'art. 2236 cc e la responsabilità medica: la suprema corte quadra il cerchio*.

26. Un'ampia rassegna delle diverse finalità attribuite dalla dottrina alla responsabilità civile, è svolta da Alpa, *Ingegneria sociale e amministrazione del danno, quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in *La responsabilità civile – Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, diretta da Alpa e Bessone, I, Torino, 1987, pp. 6 ss.; vale la pena di ricordarle seguendo l'elenco proposto dallo stesso Alpa: (a) pubblicità negativa dei procedimenti giudiziari; (b) efficiente distribuzione delle perdite; (c) riduzione dei costi di transazione e giudiziari; (d) utilizzare la distribuzione corretta dei costi delle perdite quale pressione sulle imprese per ridurre i danni; (e) soddisfare il bisogno di sicurezza della persona; (f) esercitare un controllo sociale sulle attività umane; (g) assicurare al sistema capitalistico il massimo profitto contenendo il danno risarcibile, pur evitando di lasciare la perdita là dove cade; (h) preparare l'intervento del legislatore in settori nei quali mancano regole specifiche. Quest'ultima funzione, seppure prenda le mosse dalle tesi di Calabresi, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in *Politica del diritto*, 1979, pp. 665 ss., se ne distacca giacché non concepisce la responsabilità civile come sistema della società mista adattato per lasciare al libero mercato la funzione di filtro degli interessi privati. Guido Alpa ritiene che «interessi sociali che trascendono l'iniziativa del singolo giustificano l'intervento del legislatore» (*ivi*, p. 10). Sotto questo profilo la responsabilità civile funge solamente da criterio per guidare il legislatore verso settori nuovi privi di una specifica disciplina.

27. Cfr. Cass., 25 maggio 1964, n. 1270, in *Foro it.*, 1965, I, c. 2098, e *ivi*, 1966, V, c. 13, l'annotazione di F. Martorano, *Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi (il caso Saiwa)*. Attraverso la *factio* della presunzione di colpa è stata così possibile la riparazione del danno sofferto dal consumatore. Questa sentenza ha rimosso le resistenze espresse dai giudici di merito, in altre controversie: cfr. App. Cagliari, 27 giugno 1958, in *Rass. giur. sarda*, 1959, p. 79; App. Torino, 30 gennaio 1960, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1026.

28. Cfr. Cass., 21 ottobre 1957, n. 4004, in *Foro it.*, 1958, I, c. 46, la pistola-giocattolo era stata posta in commercio con copritamburo asportabile. Secondo la Corte, il produttore «avrebbe dovuto prevedere che i bambini facessero uso della pistola senza copritamburo, essendo questo un fatto prevedibile e rientrante nella normalità degli avvenimenti umani, che nella specie andava considerata in relazione al modo di comportarsi dei piccoli utenti del giocattolo». In un altro caso, sempre a proposito della pistola giocattolo, era stata esclusa la responsabilità della società produttrice, poiché nella scatola contenente il giocattolo era stata inserita un'avvertenza: «la pistola deve essere tenuta lontana dal viso all'atto dello sparo e cioè deve essere sempre usata a braccia tese»: cfr. App. Genova, 5 giugno 1964, *id.*, Rep. 1964,

per il successivo affermarsi della responsabilità oggettiva.

La direzione imboccata si misura tangibilmente nel giudizio sulla rilevanza della causa ignota. Spesso i giudici hanno ravvisato la sussistenza del rapporto di causalità, anche nell'ipotesi in cui la causa sia rimasta sconosciuta, ed hanno condannato ugualmente il produttore²⁹; e normalmente l'accollo della responsabilità pur in presenza di una causa ignota è un chiaro sintomo della scelta verso la costruzione di una responsabilità oggettiva. Talvolta è stata pronunciata la responsabilità pur in mancanza di una prova diretta della persona del produttore del bene difettoso, all'identità del quale si è giunti mediante presunzioni semplici³⁰. In altri termini, nonostante non sia mai stato revocato in dubbio che per il fermento causato dal mal funzionamento di una pistola giocattolo sia applicabile l'art. 2043 cc e non, ad es., l'art. 2050 cc; che lo stesso accade per lo scoppio di una bottiglietta di bibita gassata, per la cui vicenda non può essere chiamato a rispondere neppure il dettagliante, l'uso della presunzione di colpa di fatto ha anticipato la disciplina di fonte comunitaria che ha impiegato la responsabilità oggettiva per regolare.

Non sono tuttavia mancati casi in cui il movimento fra questi grandi protagonisti del diritto ha avuto l'andamento del canone inverso. Il primo caso ha riguardato proprio la responsabilità professionale del medico che, come si è appena ricordato nel §

prec., dal 1999 la giurisprudenza ha incominciato a fondarlo sul contatto sociale, dunque sull'inadempimento di un'obbligazione di cura che nasce dal fatto del ricovero in ospedale nel quale opera il medico. Il legislatore ha ritenuto che questa soluzione fosse inadeguata e nell'ambito di una più generale riforma del settore sanitario ha disposto espressamente il riferimento all'art. 2043 cc, per fondare la responsabilità del medico verso il paziente. L'art. 7, comma 3^o, l. 8 marzo 2017, n. 24, dispone: che l'esercente la professione sanitaria «risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente». Nell'intenzione del legislatore non è più il contatto sociale – il fatto socialmente rilevante agli effetti dell'art. 1173 cc che determina la responsabilità del debitore secondo l'art. 1218 cc – ma è l'illecito aquiliano che regola il rapporto fra medico e paziente. Ciò che non era riuscito completamente al legislatore nel cd. decreto Balduzzi ha trovato ora una definizione compiuta. La riforma è stata etichettata del “regime binario”³¹. Per rafforzare questa presa di posizione l'art. 7, comma ult., l. 8 marzo 2017, n. 24, dispone espressamente che «le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile». Sembra quasi che il legislatore voglia ripristinare la sua primazia rispetto al giudice.

Un altro caso simile a quello di cui stiamo ragionando, nel quale è stato il legislatore a correggere

voce Responsabilità civile, n. 373. Analogamente fu risolta la vicenda nel noto caso del tagliacarte difettoso dalla Cass., 10 novembre 1970, n. 2337, in Mass. Foro it., 1970, il difetto di progettazione era stato individuato nel fatto che «la lama tagliente possa muoversi (sempre in salita e, accidentalmente, pure in discesa) anche quando le mani dell'operaio addetto alla manovra del tagliacarte siano distaccate dai comandi».

29. Cfr. Trib. Savona, 31 dicembre 1971, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, c. 710, soluzione poi confermata da Cass., 28 ottobre 1980, n. 5795, in *Resp. civ.*, 1981, p. 393, con riguardo ai danni sofferti dal consumatore a causa dello scoppio di una bottiglia dal contenuto gassoso.

Più di recente, ma prima dell'entrata in vigore della nuova legge, sono state pronunciate due sentenze di opposto orientamento. La prima è quella del Trib. Roma, 27 aprile 1988, in *Resp. civ.*, 1989, p. 684, con annotazione di A. Dassi, *Tutela del consumatore e responsabilità del produttore per danni da prodotto potenzialmente dannoso*, si è affermato che la responsabilità del produttore di un termometro non può certo essere basata sul solo fatto dell'evento dannoso conseguito alla rottura dello stesso, quando non sia stato provato il nesso causale tra un eventuale vizio del prodotto e il danno verificatosi: i danni provocati da un termometro «di sicurezza», che si era spezzato mentre si stava procedendo alla rilevazione della temperatura corporea per via rettale, devono essere quindi sopportati dal danneggiato per l'imperizia mostrata nel suo uso da parte dell'utente. Conclusione rafforzata dalla circostanza in base alla quale si sarebbe verificato un solo caso di rottura del termometro sui milioni di esemplari prodotti. La seconda è ancora del Trib. Roma, 17 settembre 1987, in *Resp. civ.*, 1988, p. 225, con annotazione di De Sanna, *Scoppio di televisore lasciato in preaccensione e responsabilità del produttore*: il collegio ha deciso che la responsabilità della società produttrice di televisioni doveva essere esclusa, poiché il danneggiato non aveva dimostrato il fatto illecito colposo, il danno ed il nesso di causalità tra il fatto colposo e l'evento: dell'incendio di un appartamento provocato dall'esplosione di un apparecchio televisivo lasciato in stato di preaccensione deve essere considerato responsabile non tanto il fabbricante dell'apparecchio, quanto il danneggiato, che ha determinato una situazione di potenziale pericolo lasciando l'apparecchio in stato di preaccensione.

30. Cfr. Cass., 21 novembre 1995, n. 12023, in *Danno e resp.*, 1996, p. 363, con nota di Ponzanelli, *Batteria anonima e responsabilità del «vero» produttore*. Nel caso di specie, la Suprema corte ha ritenuto gravi precise e concordanti le seguenti circostanze: sulla batteria esplosa sul viso dell'operatore, vi era il marchio del distributore; questi, per vincolo contrattuale, poteva commercializzare soltanto batteria del produttore nei cui confronti è stata pronunciata la condanna anche al risarcimento del danno morale per l'illecito compiuto dal proprio dipendente, ancorché rimasto ignoto. I giudici non hanno accolto l'eccezione sollevata dal produttore che opponeva «il divieto di *praesumptio de praesumpto* relativamente tanto all'accertamento della produzione della batteria, quanto alla riconducibilità dell'evento dannoso a difetto di fabbricazione di essa».

31. Per tutti De Matteis, *Le responsabilità in ambito sanitario - Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Cedam, Milano, 2017, il titolo e il sottotitolo sono indicativi di per sé.

un orientamento giurisprudenziale, ha riguardato la Francia. In quel Paese si era consolidato un orientamento della Cassazione ammissivo del risarcimento del danno alla persona dell'handicappato, nato con una malattia congenita, non diagnosticata dal medico. La *malpractice* medica non era consistita nel procurare una lesione durante la vita prenatale a causa di una terapia farmacologica inadeguata o a causa di un errato intervento durante il parto. La Corte di cassazione francese in assemblea plenaria, nel celebre *arrêt Perruche* del 27 novembre 2001, operando un *revirement* rispetto alla precedente giurisprudenza, affermò che: «quando gli errori commessi da un medico e dal laboratorio in esecuzione del contratto concluso con una donna incinta impedirono a quest'ultima di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza, al fine di evitare la nascita di un bambino handicappato, questi può domandare il risarcimento del danno consistente nel proprio *handicap*, causato dai predetti errori»³².

Il danno ingiusto non era consistito nel non aver diagnosticato ai genitori la patologia congenita del concepito, così da privargli il diritto alla genitorialità consapevole, ma di aver causato una lesione alla sfera giuridica del nato con *handicap*, quasi come se questi

potesse fare valere il diritto di nascere sano, nei confronti del medico.

La questione si è presentata anche in Italia e ha trovato una soluzione pacifica nell'escludere che l'errore del medico sia causalmente efficiente della malattia congenita del nato affetto da quella patologia. A più riprese è stato sostenuto che la mancata diagnosi può causare un danno ai genitori, così privati della genitorialità consapevole, ma alcun pregiudizio al nato affetto da una patologia³³. In Francia, invece, nonostante i principi siano i medesimi di quelli del nostro ordinamento, il modo per correggere questo errore evidente è stata l'entrata in vigore della Legge Kouchner n. 303 del 4 marzo 2002. Con questa legge la responsabilità civile è ritornata tale e si è scollegata dall'assistenza di cui ha diritto ciascun cittadino a prescindere dalla lesione procurata da qualcun altro: la legge esclude qualsivoglia pretesa risarcitoria dell'handicappato per il solo fatto della nascita «quando l'*handicap* non è stato provocato, aggravato o evitato da errore medico».

In definitiva il dialogo fra giudice e legislatore è una costante del nostro tempo e non marcia in una sola direzione; e c'è un proficuo scambio di influenze, specialmente nel settore della responsabilità civile.

32. Fra gli altri ne dà atto Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Foro it.*, 2013, I, c. 181, con nota di Oliva, § 6.1.

33. Cfr. Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, p. 889, con note di Carbone, *Valori personali ed economici della vita umana*; di Franzoni, *Danno tanatologico, meglio di no ...*; di Pardolesi e Simone, *Danno da morte e stare decisivi: la versione di Bartleby*; e di Ponzanelli, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*.